

ASUNTO:	ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL
CONDENADOS:	HERLIN DARÍO Y DANIEL ENRIQUE ZAPATA MONTOYA
ACCIONADA:	SALA DE DECISIÓN PENAL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
ACCIONANTE:	HUMBERTO NAVALES DURANGO

Medellín, 13 de febrero de 2023

Señores

MAGISTRADOS SALA DE CASACIÓN PENAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Bogotá, D. C.

Respetados Magistrados:

HUMBERTO NAVALES DURANGO, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía 8.401.203 de Bello y portador de la T. P. 85.253 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, instauró acción de tutela contra el Tribunal Superior de Antioquia, sala de decisión penal presidida por el doctor GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME.

Conforme a poder especial que adjunto, represento los intereses de los hermanos HERLIN DARÍO y DANIEL ENRIQUE ZAPATA MONTOYA, identificados, en ese orden, con las cédulas de ciudadanía 8.322.467 de Apartadó y 1.033.338.465 de Amagá, ambos privados de la libertad en el Centro Penitenciario y Carcelario de Acacías (Meta), donde descuentan pena de prisión de 298 meses (24 años y 10 meses) por el concurso de delitos de Homicidio, Tentativa de homicidio y Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

PRETENSIÓN:

Invoco la protección del derecho al debido proceso, derecho y garantía fundamental que se conculcó a mis poderdantes con ocasión de su condena, así:

1. En primera instancia, por haberseles impuesto una de las penas accesorias por un tiempo que excede el máximo legal permitido.
2. En segunda instancia, por haberseles agravado la pena principal sin la debida motivación y no haberse corregido el error del juez *A quo*.

HECHOS:

1. La actuación penal impulsada contra HERLIN DARÍO y DANIEL ZAPATA MONTOYA se encuentra radicada con el CUI 05030600321201280230, NI 2014-00009-00 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí (Antioquia).

2. El proceso terminó con sentencia de primera instancia proferida el 22 de julio de 2014. Se les condenó, por el concurso de delitos de Homicidio, Tentativa de homicidio y Porte ilegal de arma de fuego, a la pena principal de prisión de 240 meses, esto es, 20 años.

3. Por igual tiempo de la sanción principal, se les impusieron las penas accesorias de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas y privación del derecho a portar armas.

4. La pena de prisión impuesta la derivó el señor juez de la siguiente manera:

a. En los delitos contra la vida (Homicidio y Tentativa de homicidio) descartó expresamente la circunstancia específica de agravación del numeral 7 del artículo 104 del C. Penal, estado de indefensión de las víctimas. Estimó que no se probó fehacientemente.

Consideró que la pena para el Homicidio consumado, que tomó como base de la punición, oscila entre 208 y 450 meses de prisión. Sin embargo, sin motivación, partió de 18 años (216 meses) de prisión. Sobrepasó en 8 meses el límite inferior de la pena mínima.

Respecto de la Tentativa de homicidio, por efectos del artículo 27 del C. Penal, simplemente afirmó que la pena es de 104 meses de prisión. No hizo, pues, individualización de la pena, pero se mantuvo dentro del mínimo.

b. En cuanto al delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego tampoco hizo individualización de la pena. Empero, advirtió que por "*los dos restantes delitos*", vale decir, por Tentativa de homicidio y Porte de armas de fuego, aumentaría 2 años.

Llegó así a la pena definitiva de 20 años (240 meses) de prisión, indicando que la Fiscalía no dedujo circunstancias de mayor punibilidad, pero sí la de menor punibilidad de ausencia de antecedentes penales.

5. La sentencia fue apelada por la Fiscalía para solicitar incremento de la pena por cuanto i)

sí cabía deducir la indefensión como circunstancia de agravación y ii) la conducta se realizó en coparticipación criminal, es decir, con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 del Código Penal.

6. La defensa también apeló en busca de la absolución. Prácticamente, solo argumentó la duda por falta de credibilidad de los testigos de cargo y ausencia de investigación integral.

7. Al resolver el recurso, sentencia del 10 de febrero de 2015, la sala de decisión penal del Tribunal Superior de Antioquia, presidida por el doctor GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME, resolvió:

a. Desestimó la pretensión absolutoria de la defensa.

b. Avaló la decisión de primera instancia en el sentido de descartar la circunstancia de agravación de la indefensión -artículo 104-7 del C. Penal- para los delitos contra la vida.

c. Acogió la circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación criminal -artículo 58-10 id-.

d. Aumentó la pena de prisión en 58 meses (4 años y 10 meses). A folios 17 del fallo.

e. No corrigió el exceso en la pena accesoria. Así argumentó:

“La pena para el homicidio simple fue fijada en 18 años, lo que no resulta acertado, pues el fallador se ubicó en el cuarto mínimo cuando no podía hacerlo, visto que se presenta la causal de mayor punibilidad de obrar en coparticipación criminal que contempla el artículo 58 numeral 10 del Código Penal, como lo está reclamando la representante de la Fiscalía General de la Nación en su impugnación, pero además no se acreditó que los procesados tuvieran antecedentes penales, lo que permite configurar igualmente la causal de menor punibilidad prevista en el artículo 55 numeral 1 del Código Penal.

“En ese orden de ideas, lo procedente es entonces entrar a tasar la pena para el delito de homicidio como es debido, conducta que tiene prevista una pena de 208 a 450 meses, visto el incremento punitivo de la ley 890 del 2014 al artículo 103 del Código Penal, por lo mismo los cuartos de movilidad quedan así:

“Cuarto mínimo de 208 a 268 y 15 días.

Primer cuarto medio hasta 329 meses.

Segundo cuarto medio hasta 399 (sic) meses y 15 días.

Cuarto máximo hasta 450 meses.

“De conformidad con lo señalado en el artículo 61 del Código Penal, al concurrir circunstancias de mayor y menor punibilidad, debemos ubicarnos dentro de los cuartos medios, que van de 268 meses y 16 días hasta 399 (sic) meses y 15 días.

“Dentro de dicho rango, atendiendo a la modalidad de la conducta, al daño creado y a las circunstancias que rodearon su ejecución, encuentra la sala acertado fijar la pena en el límite inferior del primer cuarto medio, esto es, 268 meses y 16 días.

“Ahora bien, por los delitos de homicidio tentado y porte ilegal de armas, en la sentencia objeto de apelación se hizo un incremento de 2 años, guarismo que está acorde a los límites establecidos por el legislador para el concurso de conductas punibles y que corresponde al 11%, y aunque la pena por el delito de porte ilegal debería ser superior al darse en su modalidad agravada, el a-quo no la tasó individualmente sino que estableció un incremento por el concurso de dos años, en ese orden de ideas, si la pena que ahora se fija para el homicidio simple es de 268 meses y 16 días, debe incrementarse por el concurso con las otras dos conductas en esa misma proporción que corresponde a 29 meses y 15 días, por lo que la pena para el concurso de las tres conductas punibles queda en 298 meses de prisión.

“En cuanto a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, visto que el límite máximo previsto por el legislador es de veinte años, se fijará ese, visto que la pena privativa de la libertad a la que accede supera dicho monto, y deberá ser igual a la duración de ésta.

“En todo lo demás rige la sentencia de primera instancia”.

FUNDAMENTOS DE ESTA ACCIÓN

La solución del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía aparenta ser adecuada y conforme al principio de legalidad, pues, al haber sido también apelada por la defensa, no tenía cabida la prohibición de reforma peyorativa de la pena impuesta. Sin embargo, de la solución del recurso de apelación se deriva la vulneración del debido en dos aspectos: la coparticipación y la pena accesoria, cuyo análisis es preciso abordar por separado:

La coparticipación.

La delegada de la Fiscalía incurrió en indeterminación. Lo hizo en la formulación de imputación, en el escrito de acusación, en la formulación oral de la acusación y en sus alegatos de conclusión. Consistió en no concretar a cuál(es) delito(s) afecta la figura como circunstancia de mayor punibilidad. En sus intervenciones, la expresó al final de manera generalizada o como si la refiriera solo al delito contra la seguridad pública.

Así, entonces, imputó los delitos de Homicidio -artículo 103 del C. Penal-, Tentativa de homicidio -artículos 103 y 27 ibidem-, agravados ambos por la indefensión -artículo 104-7 id-, y Porte ilegal de arma de fuego agravado por el uso de medio motorizado -art. 365-1

del C. Penal-, añadiendo al final la circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación -art. 58-10 ibidem-, sin especificaciones, aunque, de acuerdo con sus expresiones parece haberla referido sólo al delito contra la seguridad pública.

La indeterminación del hecho jurídicamente relevante de la participación de dos o más individuos en la ejecución delictiva consiste en no haber explicitado la Fiscalía a cuál de los delitos correspondía dicho fenómeno como circunstancia para aumentar la pena, actitud con la cual la delegada dejó su interpretación al azar. Ello por cuanto la coparticipación en el Código Penal colombiano tiene doble connotación jurídica con diversa incidencia en la pena:

Primera. Circunstancia de mayor punibilidad. En esta condición i) su alcance es de carácter genérico, ii) eventualmente puede aplicarse a cualquier delito, siempre que no haya sido prevista normativamente de otra manera, y iii) no incide en los extremos del ámbito punitivo de movilidad de ningún delito en especial, aunque afecta los cuartos de movilidad -artículo 58 del C. Penal-.

Segunda. Circunstancia de agravación. Con esta categoría i) su contenido es de carácter específico, ii) está prevista en la parte especial del Código Penal y iii) afecta los límites del ámbito punitivo de movilidad de un delito en particular, para aumentarlo.

Con esta jerarquía de circunstancia de agravación punitiva, con macada incidencia en el ámbito punitivo de movilidad, pues lo duplica, fue introducida en el numeral 5 del artículo 365 del C. Penal por la Ley 1453 de 2011.

Estas precisiones las obvió la delegada de la Fiscalía al intervenir en la formulación de la imputación, en el acto complejo de la acusación y en las alegaciones de cierre del juicio oral. Dejó, pues, la causal a la voluntad del intérprete. Se puede constatar ello en los registros de las respectivas actuaciones que me permito transcribir y transliterar en lo pertinente:

Audiencia de formulación de imputación. Noviembre 22/13. **Registro: 19:25:**

... los hechos, muchachos, que fundamentan esta imputación ocurrieron en el año 2012, en horas de la noche, en un sector de Camilo C, corregimiento de Amagá, concretamente por los alrededores de una discoteca que se llama Avalos. Según la información que tiene la Fiscalía, ustedes llegaron en una motocicleta, concretamente DT 175 Yamaha, se ocultaron en algún lugar de ese sector, posteriormente se despojaron de sus cascos y utilizando pasamontañas esgrimen armas de fuego uno de ustedes un revólver el otro una pistola y inician un ataque que resultó mortal a dos menores de edad, el fallecido Jonatan Tejada

Chavarrriaga y otro menor, pues, que por razones obvias, no voy a divulgar el nombre. Se realizaron una serie de actos urgentes y actos de investigación, que incluyeron entrevistas, como ustedes bien se percataron en la audiencia antecedente, de varias personas, testigos de los hechos, del menor que resultó, que sobrevivió al ataque, actas de reconocimiento fotográfico en el que, la que ustedes son efectivamente reconocidos como las personas que la noche del dieciséis de diciembre del año dos mil doce, eh, realizaron ese, esa agresión a estos dos menores y en fin todos los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida , eh, nos permiten entonces, pues, eh, evidenciar esos hechos y tenerlos a ustedes como los presuntos responsables. Con esa información la Fiscalía en su momento acudió al Juzgado Segundo, como ustedes bien conocen, Promiscuo Municipal de esta localidad y una vez se analizaron estos elementos materiales de prueba se expidieron las órdenes de captura 009 y 011 el 23 de octubre del año dos mil trece contra ustedes dos por los presuntos delitos de homicidio, tentativa de homicidio y fabricación tráfico y porte ilegal de armas de fuego o municiones. Con base, entonces, a bueno, en los que se acredita, pues, como víctimas a los menores que ya mencioné. Con base, entonces, en esos mismos hechos, Herlin Darío y Daniel Enrique, la Fiscalía que represento les formula a ustedes imputación por considerarlos, escúchenme bien, muy importante, muchachos, por considerarlos probablemente, presuntamente, posiblemente, no estamos afirmando absolutamente nada, coautores de los siguientes delitos: homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado, bueno, homicidio agravado en la persona de Jonatan Tejada Chavarrriaga, menor de edad, tentativa de homicidio agravado en el otro menor que sobrevivió, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravadas también. Y adicionalmente también la Fiscalía les imputa la circunstancia de mayor punibilidad que se encuentra descrita en el artículo 50 (sic) numeral décimo del Código Penal, es decir, por obrar y actuar en coparticipación criminal.

Al avanzar en sus explicaciones, el Fiscal reiteró la inicial ubicación de la coparticipación como si únicamente cobijara delito contra la seguridad pública. **Registro 34:48:**

El tercer delito que emerge, entonces, es el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por qué, porque esos mismos elementos materiales de prueba inconfundiblemente nos permiten concluir que al parecer ustedes utilizaron armas de fuego, un revólver y una pistola, y eso tiene su regulación y encuentra su fundamento en el artículo 365 del Código Penal que fue modificado por el 19 de la Ley 1453 de año dos mil, dos mil once, estableciendo inicialmente una pena de prisión de 9 a 12 años, pero como quiera que ese menor menciona que ustedes se movilizaban en una moto la Fiscalía deduce y acredita también el agravante del numeral primero de ese artículo y se ordena allí duplicar las penas, entonces, multiplicamos eso por dos y las penas ya no son de 9 a 12 años sino de 18 a 24 años. Hay una circunstancia que se denomina de mayor punibilidad, en este caso concreto para ustedes y es la coparticipación criminal conforme al artículo 50 (sic) numeral decimo del código penal esa circunstancia también es plenamente aplicable porque esos mismos elementos materiales de prueba y evidencia física indican que fueron dos los ciudadanos que llegaron al lugar y actuaron, pues, de la manera que ya se ha mencionado y presuntamente son ustedes dos.

Escrito de acusación. Diciembre 31/13. Folio 2:

“ ... COMO QUIERA QUE NO HUBO ALLANAMIENTO A CARGOS, PARA EFECTOS Y FINES DEL ARTÍCULO 337 DEL CPP, PROCEDE LA FISCALÍA 65 SECCIONAL DE AMAGÁ ANTIOQUIA A ACUSAR A LOS SEÑORES DANIEL ENRIQUE ZAPATA MONTOYA, CC No. 1.033.338.465 DE

AMAGÁ ANATIOQUIA, NACIDO EL 18 DE DICIEMBRE 1989 EN AMAGÁ, HIJO DE SOR ESTRELLA Y DARÍO DE JESÚS, SOLTERO, RESIDENTE EN EL CORREGIMIENTO CAMILO C SECTOR LA PISCINA DE AMAGÁ ANTIOQUIA Y A **HERLIN DARÍO ZAPATA MONTOYA**, CC 322.467 DE APARTADÓ ANTIOQUIA, NACIDO EL 16 DE NOVIEMBRE 1981 EN AMAGÁ ANTIOQUIA, HIJO DE SOR ESTRELLA Y DARÍO DE JESÚS, SOLTERO, MECÁNICO DE MOTOS DE PROFESIÓN, RESIDENTE EN EL CORREGIMIENTO CAMILO C SECTOR LA PISCINA DE AMAGÁ ANTIOQUIA; COMO PRESUNTOS COAUTORES RESPONSABLES DEL CONCURSO (ART. 31 DEL CÓDIGO PENAL) DE DELITOS CONTENIDOS EN EL LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO SEGUNDO DEL HOMICIDIO ARTÍCULO 103 DEL CÓDIGO PENAL: “EL QUE MATARE A OTRO INCURRIRÁ EN PRISIÓN DE 17 AÑOS 4 MESES (208 MESES) A 37 AÑOS SEIS MESES (450 MESES)” Y “ARTÍCULO 104 NUMERAL 7: LA PENA SERÁ DE 33 AÑOS Y CUATRO MESES (400 MESES) A 50 AÑOS (600 MESES) SI LA CONDUCTA SE COMETIERE 7:... COLOCANDO A LA VÍCTIMA EN SITUACIÓN DE INDEFENSIÓN O INFERIORIDAD O APROVECHÁNDOSE DE ESTA SITUACIÓN” Y ARTÍCULO 103, 104 NUMERAL 7, BAJO LA MODALIDAD DE TENTATIVA, SEGÚN EL ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO DE LAS PENAS. (EN CONCLUSIÓN SE ACUSA POR HOMICIDIO AGRAVADO CONSUMADO CON RELACIÓN AL MENOR JHONATAN TEJADA CHAVARRIAGA Y HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO CON RESPECTO AL TAMBIÉN MENOR SANTIAGO HENAO NIETO).

“Y FINALMENTE LIBRO SEGUNDO, TÍTULO XII DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA, CAPÍTULO SEGUNDO DE LOS DELITOS DE PELIGRO COMÚN O QUE PUEDEN OCASIONAR GRAVE PERJUICIO PARA LA COMUNIDAD Y OTRAS INFRACCIONES ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES: “EL QUE SIN PERMISO DE AUTORIDAD COMPETENTE IMPORTE, TRAFIQUE, FABRIQUE, TRANSPORTE, ALMACENE, DISTRIBUYA, VENDA, SUMINISTRE, REPARE, PORTE O TENGA EN UN LUGAR ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL, SUS PARTE ESENCIALES, ACCESORIOS ESENCIALES O MUNICIONES, INCURRIRÁ EN PRISIÓN DE NUEVE AÑOS (108 MESES) A 12 AÑOS (144 MESES)...” CON CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD CONFORME SE CONSAGRA EN EL ARTÍCULO 58 NUMERAL 10 DEL CÓDIGO DE LAS PENAS POR OBRAR EN COPARTICIPACIÓN CRIMINAL.

“LO ANTERIOR, POR CUANTO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA, EVIDENCIA FÍSICA E INFORMACIÓN LEGALMENTE OBTENIDA, SE PUEDE AFIRMAR CON PROBABILIDAD DE VERDAD A ESTA ALTURA PROCESAL, QUE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS EXISTIERON Y QUE LOS HOY ACUSADOS SON SUS COAUTORES”.

Audiencia de formulación de acusación. Febrero 26/14. **Registro: 11:21:**

“ ... Como quiera que no hubo allanamiento a cargos, para efectos y fines del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, procede la Fiscalía 65 Seccional de Amagá-Antioquia a través de este representante a acusar a los señores Daniel Enrique Zapata Montoya, cédula de ciudadanía número 1.033.338.465 de Amagá, nacido el 18 de diciembre del año 1989 en esta localidad, hijo de Sor Estrella y Darío de Jesús, soltero, residente en el corregimiento Camilo C, sector La Piscina de Amagá, y a Herlin Darío Zapata Montoya, cédula 8.322.467 de Apartadó-Antioquia, nacido el 16 de noviembre del año 1981 en Amagá-Antioquia, hijo también obviamente de Sor Estrella y Darío de Jesús, soltero, mecánico de motos de profesión, residente también en el corregimiento Camilo C, sector La Piscina de Amagá-Antioquia, como presuntos coautores responsables del concurso de delitos contenidos en el Libro Segundo, parte especial, título primero, capítulo segundo, Del Homicidio, artículo 103 del Código Penal, que consagra lo siguiente: el que matare a otro incurrirá en prisión de 17 años 4 meses, es decir, 208 meses, a 37 años 6 meses, es decir, 450 meses, y artículo 104 numeral séptimo de la misma obra normativa, la pena será de 33 años y cuatro meses, es decir, 400 meses a 50 años, es decir, 600 meses, si la conducta se cometiere numeral séptimo

del artículo 104 colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación, cierre comillas, y artículo 103, 104 numeral 7, bajo la modalidad de tentativa, según el artículo 27 del Código de las penas.

“En conclusión, se acusa por homicidio agravado consumado a estos dos ciudadanos en el que se acredita como víctima al menor identificado con las iniciales JTCh, y homicidio agravado tentado con respecto al también menor Santiago y apellidos HN.

Y finalmente el Libro Segundo, título 12 delitos contra la seguridad pública, capítulo segundo de los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones, concretamente el artículo 365 del Código penal que fue modificado por el 19 de la Ley 1453 del año 2011, que consagra lo siguiente refiriéndose al delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, abra comillas, el que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte, que sería el verbo rector acá, o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus parte esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de 9 años, es decir, 108 meses, a 12 años, 144 meses, conducta ésta que se refleja y materializa para la Fiscalía con circunstancias de mayor punibilidad conforme se consagra en el artículo 58 del Código Penal y concretamente el numeral décimo, es decir, por obrar en coparticipación criminal.

“Adiciona la Fiscalía en esta oportunidad, que no fue objeto de la imputación, para que quede en el registro, circunstancia de agravación punitiva a ese delito del artículo 365 del Código Penal, por haberse utilizado medios motorizados, concretamente una motocicleta.

“Lo anterior, entonces, por cuanto de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, se puede afirmar, con probabilidad de verdad, a esta altura procesal que las conductas delictivas ya mencionadas en efecto existieron y que los hoy acusados son sus coautores”.

Alegatos de conclusión. Junio 3/14. Registro 01:34 a 02:18:

“... La Fiscalía, señor juez cumplió como lo prometido, pues efectivamente con la declaración del joven sobreviviente Santiago Henao Nieto, y su señora madre Sol Piedad Nieto Henao, y muy a pesar también con lo manifestado por los testigos de la defensa, usted llegó al convencimiento más allá de toda duda razonable de la culpabilidad de los señores Herlin Darío y Daniel Zapata Montoya en los delitos de Homicidio agravado contemplado en el artículo 103 y 104 numeral siete, en concurso con Tentativa de homicidio agravado artículo 103 y 104 numeral 7, concordante con el 27 del Código Penal, en concurso, como viene de decirse con Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado por la utilización de medio motorizado consagrado en el artículo 365, con circunstancias de mayor punibilidad consagrada en el artículo 58 numeral 10, Homicidio en el menor Jhonatan Tejada y Tentativa de homicidio agravado en el menor Santiago Nieto Henao”.

Formulación correcta de la causal.

La atribuibilidad de la coparticipación no puede quedar al arbitrio del intérprete. Es deber de la Fiscalía imputarla correctamente y siempre referida a delitos específicos, dada esa

dual connotación jurídica con diversa incidencia en las consecuencias punitivas:

1. El artículo 58-10 la prevé como circunstancia de mayor punibilidad, se presenta en un delito por haber sido ejecutado por dos o más personas, influye en los cuartos del ámbito punitivo de movilidad, mas no en los extremos de éste, conforme el art. 61 del C. Penal.

2. El artículo 365-5, entre otros, la incluyó como circunstancia de agravación punitiva y cuando se presenta, por haber sido realizado este delito por dos o más individuos, duplica el ámbito punitivo de movilidad, conforme el art. 60 del C. Penal.

Para no incurrir en indeterminación, la Fiscalía debió especificar claramente a cuál de los delitos afectaba la figura como circunstancia de mayor punibilidad y a cuál como circunstancia de agravación. El ejercicio es más o menos como sigue:

DELITOS CONTRA LA VIDA	DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA
Homicidio consumado, previsto en el artículo 103 del C. Penal, por haber ocasionado la muerte de Jhonatan Tejada Chavarriaga.	Porte ilegal de arma de fuego, artículo 365 del C. Penal. Se infiere a partir de los múltiples impactos de distinta índole recibidos por las víctimas.
Tentativa de homicidio, previsto en el artículo 103 en concurrencia del artículo 27 del C. Penal, por haber lesionado a Santiago Nieto Henao con el propósito de ocasionarle la muerte.	Circunstancia de agravación del artículo 365, numeral 1, del C. Penal, por haber hecho uso de medio motorizado.
Circunstancia de agravación del artículo 104-7 del C. Penal, por haberse realizado ambos atentados contra la vida en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechando esas circunstancias.	Circunstancia de agravación del artículo 365, numeral 5, del C. Penal, por haber sido realizado por dos o más personas (coparticipación criminal).
Circunstancia de menor punibilidad del artículo 55, numeral 1, del C. Penal, por carecer los procesados de antecedentes penales.	Circunstancia de menor punibilidad del artículo 55, numeral 1, del C. Penal, por carecer los procesados de antecedentes penales.
Circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58-10, porque en las anteriores conductas contra la vida participaron dos o más individuos (coparticipación criminal).	

Así que la coparticipación como circunstancia de mayor punibilidad sólo podía aplicarse motivadamente a los delitos contra la vida -art. 58-10 del C. Penal- y como circunstancia específica de agravación sólo al porte de arma de fuego -artículo 365-5 del C. Penal (lo muestra la cuadrícula). Por tanto, son excluyentes e inciden en la penalidad de distinta manera.

Empero, si se pudiere pensar que con la circunstancia de mayor punibilidad la Fiscal cobijó todos los delitos, con más razón surge la indeterminación, porque en tal caso no podía aplicarse con ese alcance al delito contra la seguridad pública, que específicamente la prevé como circunstancia agravante y no como circunstancia de mayor punibilidad.

En las intervenciones relevantes de la Fiscalía en el proceso contra los hermanos ZAPATA MONTOYA se constata que tanto la ubicación gramatical como la expresión oral que le imprimieron los Fiscales delegados al hecho jurídicamente relevante de haber sido dos los individuos que realizaron los delitos investigados cobijaron solo al último delito imputado o posiblemente a todos. Por tanto, en tal sentido la imputación no fue precisa y clara, lo que implica un cargo indeterminado que máximo pudo enmendarse en los alegatos de conclusión. Pero como viene de verse, la Fiscal no lo hizo.

En consecuencia, si la Fiscalía no concretó el hecho jurídicamente relevante de la coparticipación como circunstancia de mayor punibilidad de los delitos contra la vida, por haber sido dos individuos los que ejecutaron los hechos, esto es, no encuadró de manera correcta el hecho fáctico en la norma que le correspondía, no podía hacerlo el juez en la sentencia de primera instancia y mucho menos oficiosamente el superior con miras a incrementar la pena.

En este caso el juez desechó el fenómeno de la coparticipación criminal, pero como no explicó el porqué de su proceder, no se sabe si lo hizo por error o porque vislumbró que era un cargo indeterminado de la Fiscalía.

Con todo, inopinadamente, es decir, sin motivación ni fundamentación teórica, la sala de decisión que desató el recurso de apelación coligió que la Fiscalía había referido el hecho jurídicamente relevante de la coparticipación a los delitos contra la vida y se ubicó en los cuartos medios con lo que terminó por aumentar la pena de prisión en 4 años y 10 meses, desconociendo la preceptiva del artículo 59 del C. Penal, que también exige a los jueces dar cuenta explícita del proceso de *“determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”*-

Motu proprio y sin disquisiciones, la magistratura corrigió el error de indeterminación, y por tanto de incongruencia, en que incurrió la delegada de la Fiscalía en todas sus actuaciones de trascendencia.

Al atribuir esa circunstancia de mayor punibilidad a los delitos contra la vida, no obstante que la Fiscalía la refirió únicamente al delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, y ni siquiera correctamente con la connotación de circunstancia específica de agravación -artículo 365-5-, o también la atribuyó todos los delitos, la sala de decisión penal del Tribunal Superior de Antioquia vulneró el debido proceso, como tal, pero igualmente transgredió la legalidad de la pena, en tanto a los hermanos ZAPATA MONTOYA se les incrementó la sanción sin tener en cuenta que la delegada del ente acusador no especificó el carácter que le atribuía a la coparticipación criminal, es decir, si como circunstancia de mayor punibilidad para los delitos contra la vida o como causal específica de agravación del delito contra la seguridad pública, y mucho menos advirtió de su trascendencia en la determinación del quantum punitivo.

Como la magistratura simple y llanamente suplió la especificación que omitió la delegada de la Fiscalía para cumplir debidamente el delicado trabajo que implica la acusación, incurrió también en incongruencia y faltó al derecho de defensa al considerar que la circunstancia de mayor punibilidad aplicaba concretamente a los delitos contra la vida, siendo que la Fiscalía siempre la ubicó al final de la imputación por el delito contra la seguridad pública.

La pena accesoria.

A los hermanos ZAPATA MONTOYA, en la sentencia de primera instancia, se les impusieron las penas accesorias de i) inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas y ii) privación del derecho al porte de arma por el mismo tiempo de la pena principal, esto es, 240 meses (20 años).

En la sentencia de segunda instancia, la sala de decisión penal del Tribunal Superior de Antioquia modificó únicamente la pena principal de prisión, que estableció en 298 meses (24 años y 10 meses), en lugar de 240 meses (20 años).

En cuanto a las accesorias, mantuvo expresamente la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas en el límite máximo -20 años-. Como seguidamente expresó *“En lo*

demás rige la sentencia de primera instancia”, dejó vigente, entonces, la privación de porte y tenencia de arma por 240 meses (20 años), lo que transgrede la legalidad de la pena, pues el límite máximo dispuesto por el artículo 51 del Código Penal es de 15 años (180 meses).

Lo que se discute no es de forma sino de fondo y tiene plena trascendencia jurídica en cuanto a la pena y los fines que la misma debe cumplir, pues, por más grave que sea la conducta punible objeto de juzgamiento, en el Estado social de derecho el debido proceso abarca muchas cosas, pero fundamentalmente garantías contra el capricho y la arbitrariedad de los jueces, quienes deben sujetar sus decisiones sancionatorias a la legalidad y a las pruebas, algunas veces también a las estipulaciones de las partes, conforme el artículo 351 de la Ley 906/04. El comportamiento delictivo, por tanto, no se puede juzgar y sancionar de cualquier manera sino conforme a las reglas del debido proceso, como lo ha indicado la Corte Constitucional:

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas¹.

También la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado innumerables veces respecto del debido proceso en las decisiones judiciales sancionatorias, muchas veces incluso con insospechadas consecuencias de nulidad, como la del 26 de octubre de 2011², entre otras.

¹ C. 341/14. M. P.: Dr. Mauricio González Cuervo.

² Proceso 32.143. M. P.: Dr. José Leonidas Bustos Martínez.

Entretanto, la congruencia se compara con los contornos dentro de los cuales los jueces deben proferir sus fallos una vez adquieren carácter vinculante los cargos formulados por la Fiscalía:

Muy sintéticamente debe comenzar por recordarse que el principio de congruencia ha sido conceptualizado como aquel límite para el Estado a la hora de definir el proceso penal, en tanto lo que se imputa al momento de concretar los cargos ostenta carácter vinculante y no puede ser desbordado por el fallo en detrimento del procesado o de los demás sujetos que intervienen en la actuación.

Es que, entre la imputación delictiva que el Estado jurisdiccional hace a una persona y la decisión que define el fondo de la controversia penal se establece un nexo de causa a efecto vinculante, de manera que como presupuesto general ello supone la elaboración de un juicio de identidad fáctica -hecho histórico objeto de investigación- y jurídica -nominación que al mismo da la ley con todas las circunstancias que lo modifiquen- en el entendido de que solamente se mantiene el marco conceptual construido a partir de esos dos elementos siempre y cuando la sentencia sea respetuosa de los linderos por el mismo fijados...

Afirmar que la imputación debe ser fáctica y jurídica quiere decir, entre otras muchas cosas, que debe realizarse una circunstanciada presentación de los hechos, haciendo ver las implicaciones que en el campo de la punibilidad podrían llegar a tener a través del marco fijado en la ley para ellos, única forma de que quede por fuera de toda duda su imputación que, por consiguiente, no puede tratarse de una simple relación de los hechos investigados³.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La garantía del debido proceso, prevista en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata -artículo 85- y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos. También exige, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, la observancia de las normas preexistentes al acto que se imputa, la oportunidad de ser escuchado, de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la motivación, como exposición completa, coherente y clara de las razones fácticas y jurídicas que determinan la decisión, a efectos de no contrariar los postulados constitucionales del debido proceso, entre los que también se destaca la tutela judicial efectiva⁴.

³ SP26.468/07. M. P.: Dr. Alfredo Gómez Quintero.

⁴ SP 3990/22 R. 58141. M. P.: Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa

Por ese motivo, el incumplimiento de las normas que rigen cada proceso administrativo o judicial genera violación por desconocimiento al derecho fundamental reconocido constitucionalmente como garantía de transparencia e imparcialidad de las actuaciones de la jurisdicción y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el orden jurídico.

PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional C. 590/05, entre otras, los requisitos para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son genéricos y específicos:

1. Requisitos genéricos.

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

En este caso se cumple este requisito. La acción constitucional se encamina a solicitar la protección de la garantía fundamental al debido proceso cuya vulneración en el caso de los hermanos ZAPATA MONTOYA incidió directamente en la forma de imposición y cuantificación de la pena.

Si la jurisdicción hubiera actuado conforme lo indican la Constitución y la ley, el *A quo* no habría impuesto una pena accesoria excediendo el máximo legal permitido.

Entretanto, el *Ad quem* no habría enmendado sin disquisiciones la indeterminación en que incurrió la Fiscalía en la imputación del hecho jurídicamente relevante de haber participado dos individuos en la ejecución del delito contra la vida, prácticamente corrigiendo de manera oficiosa el error o la omisión de la delegada, lo que le permitió ubicarse en el mínimo de los cuartos medios del ámbito punitivo de movilidad con el consiguiente incremento de la pena en 4 años y 10 meses en la pena de prisión, con lo que se menoscabó enormemente el derecho a la libertad.

Finalmente, si no se hubiera pretermitido el debido proceso por falta de motivación, se hubiera podido corregir el exceso en el quantum de la pena accesoria de privación del derecho al porte y tenencia de armas de fuego.

“b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

Este presupuesto también se cumple. La defensa común de los hermanos ZAPATA MONTOYA interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que fue decidido conculcando el debido proceso, como tal, la legalidad de la pena, el derecho de defensa y el principio de congruencia, ante la corrección oficiosa de la indeterminación en que incurrió la delegada de la Fiscalía al deducir la coparticipación criminal sin dilucidar si se trataba de circunstancia de mayor punibilidad de los delitos contra la vida (artículo 58-10 del Código Penal) o de circunstancia de agravación del delito contra la seguridad pública (artículo 365-5 ib).

Contra la sentencia de segunda instancia la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, pero la Corte lo inadmitió por cuestiones de forma en la presentación de los aspectos de inconformidad, lo que impidió que se examinaran las cuestiones sustanciales o de fondo respecto al incremento inmotivado de la pena principal y el exceso en una de las penas accesorias.

Es más, en diciembre de 2022 y en procura de agotar el uso de otros medios de defensa judicial, el suscrito instauró, por supuesto fundamentado en estos mismos hechos, incidente de nulidad por violación al derecho fundamental del debido proceso y a las garantías fundamentales *“del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales”*, según previsión del artículo 457 del Código de la Ley 906/04.

Como sustento se esbozaron las disposiciones generales de los incidentes y las nulidades en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012, Título IV, Capítulos I y II), pero especialmente en el artículo 134, según el cual las *“nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o **con posteridad a esta, si ocurrieren en ella**”*, normas que considero aplicables con base en la interpretación armónica de los principios de integración -artículo 25 CPP- y de subsidiariedad que rige las nulidades.

Con todo, el incidente fue rechazado de plano por la sala accionada con base en el principio de la cosa juzgada, cuya eficacia debe evaluarse con base en sus efectos y no a partir del tiempo transcurrido de la decisión de condena, teniendo en cuenta, eso sí, que la sentencia todavía está en ejecución y se encuentra en juego el derecho de estos muchachos a recuperar más pronto la libertad.

“c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

Pese a que la sentencia de segunda instancia data del 10 de febrero de 2015, este requisito también aplica en este caso concreto, ya que la pena de prisión por 298 meses y la accesoria de privación del derecho a tenencia y porte de armas establecida por 20 años está en pleno vigor y produciendo todas sus consecuencias, y aún está muy distante su efectivo cumplimiento. Luego es evidente la vulneración de derechos fundamentales.

En efecto, los hermanos ZAPATA MONTOYA fueron condenados en segunda instancia a la pena principal de 24 años y 10 meses de prisión. Se encuentran privados de la libertad desde el 29 de noviembre de 2013, esto es, hace 9 años, 2 meses y 17 días. Para purgar la pena en su totalidad aún les restan 15 años, 7 meses y 13 días, situación concreta que por supuesto actualiza el agravio y justifica la enmienda del entuerto.

Más aún, si se restaura la pena de prisión, por considerar que el incremento no fue debido, estos muchachos todavía tendrían que permanecer en reclusión otros 10 años, 9 meses y 13 días.

Así es como el agravio al debido proceso, a la legalidad de las penas y a la libertad alcanza actualidad, dado que el fallo condenatorio se encuentra en ejecución y resta bastante tiempo para su íntegro cumplimiento.

Este requisito tiene íntima relación con el anterior, puesto que la cosa juzgada no puede sobreponerse al principio de legalidad. Echar de menos esta posibilidad de revisar y corregir una pena de prisión impuesta con violación del debido proceso -legalidad, defensa, libertad- implica desconocer de paso los derechos y garantías del ser humano como tal, es decir, la dignidad en que se funda el Estado social de derecho.

Luego, si se mira la actualidad de la pena y lo que resta para su cabal cumplimiento, se puede colegir que no ha pasado un tiempo desproporcionado para pedir la protección constitucional mediante esta acción de tutela. Por el contrario, el término es razonable y se ajusta consecuentemente a la rigurosidad de la argumentación para fundamentar la acción de amparo contra decisiones judiciales y a la recolección y análisis de las pruebas que la soportan.

“d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

De las mismas sentencias de primera y segunda instancias se desprende que tanto la pena accesoria de privación de porte y tenencia de armas como el incremento de la pena principal impuesta a los hermanos ZAPATA MONTOYA carecen de fundamento jurídico, toda vez que los juzgadores excedieron el límite máximo de la accesoria y respecto de la principal adujeron una circunstancia genérica de mayor punibilidad que la Fiscalía refirió indeterminadamente o solo, y de manera errónea, para el Porte de arma de fuego, sin percatarse de la doble connotación que para la coparticipación criminal prevé el Código Penal colombiano tanto en la parte genérica como en la parte especial. Por tanto, es obvia la violación del derecho fundamental al debido proceso, que sin duda incidió en el incremento punitivo e influye en el tiempo de ejecución de la sentencia, puesto que alarga injustificadamente el tiempo de privación de la libertad de los condenados.

f. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

Los motivos para instaurar esta acción de tutela son claros y los he identificado suficientemente. Sin embargo, aunque la defensa no los refutó como causales de nulidad ni violaciones directa o indirecta de la ley sustancial o procesal, pues buscó fue la absolución, tampoco fueron vislumbrados por la Corte al inadmitir por cuestiones de forma el recurso extraordinario, siendo que entonces ya estaba decantado que si al momento de inadmitir el recurso la Corporación advierte la necesidad de preservar los fines de la casación, debe casar de oficio la sentencia para *“hacer efectivo el derecho material, preservar o restaurar las garantías de los intervinientes, reparar los agravios inferidos a éstos o unificar la jurisprudencia por razones distintas a las planteadas en el libelo”*.

Concretamente, en este caso, se pudo restablecer de esa forma la legalidad de la pena, determinar el alcance de la coparticipación en su doble connotación normativa de circunstancia de mayor punibilidad y circunstancia de agravación punitiva, así como su incidencia distinta en la determinación e individualización de la pena, como se previó en el Proceso 38.537, Acta 206, mediante auto del 30 de mayo de 2012, con ponencia del Magistrado Augusto J. Ibáñez Guzmán (por mencionar solo un caso contemporáneo a este proceso), respecto de la pena pecuniaria de multa:

Este es el caso, pues la Sala advierte que si bien al dosificar la pena de prisión para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, el A quo respetó los criterios descritos en el artículo 384.1.a. del Código Penal al tenor de lo señalado en la sentencia C-1080 de 2002, parece haber desconocido que la sanción de multa no requería la aplicación de dicho precedente constitucional, así como que el límite mínimo respecto de esta clase de pena fue reducido por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, lo que eventualmente ameritaría la casación oficiosa y parcial del fallo, a fin de restablecer el principio de legalidad eventualmente trasgredido al enjuiciado.

Es más, si se hubiera tramitado el incidente de nulidad parcial instaurado en busca de la corrección de los yerros ocurridos en la sentencia, conforme el artículo 134 del Código General del Proceso, prescindiendo razonadamente de la cosa juzgada por entrar en tensión con los derechos fundamentales inherentes al debido proceso, la tutela judicial efectiva y la libertad (*pro homine*), esta solicitud de protección no tendría ninguna razón de ser.

g. Que no se trate de sentencias de tutela.

La providencia que ataco por este medio excepcional es un fallo penal sancionatorio, en el que deben corregirse la pena principal de prisión y la pena accesoria de privación de tenencia y porte de armas de fuego impuestas y de ese modo proteger y hacer efectivos el derecho fundamental al debido proceso, en sus manifestaciones de legalidad de la pena, derecho de defensa, congruencia y necesidad de motivación cualitativa y cuantitativa de la pena y hasta el derecho a la libertad.

2. Requisitos específicos.

De estos requisitos, determinados y también decantados por la Corte Constitucional a partir de la C. 590/05, considero que en el caso de los hermanos ZAPATA MONTOYA se cumplen los siguientes:

Defecto fáctico.

El incremento punitivo en la sentencia de segunda instancia no tiene fundamento racional en la medida que no obedece a un análisis riguroso de la trascendencia del supuesto fáctico de haber participado dos individuos en las ejecuciones delictivas. En otros términos, sin el discernimiento suficiente de la figura de la coparticipación, los criterios de aplicación y sus efectos punitivos, la magistratura la adscribió en el fallo a los delitos contra la vida, pese a la equívoca deducción que de la misma hizo la Fiscalía por no haber especificado el delito a la que correspondía.

Pienso haber dejado claro que el Código Penal colombiano le da doble configuración a la Coparticipación, conforme a la cual le asigna distintos efectos punitivos:

Como circunstancia de mayor punibilidad, en los términos del artículo 58 del Código Penal, no afecta los extremos del ámbito punitivo de movilidad, sino los cuartos de movilidad, siempre y cuando haya sido correctamente imputada por la Fiscalía y no se encuentre normativamente prevista de otra manera. Los criterios de aplicación se encuentran en el artículo 61 del Código Penal.

Entre tanto, como circunstancia de agravación punitiva altera los extremos del ámbito punitivo de movilidad para aumentarlos. Los parámetros de su aplicabilidad se encuentran regulados en el artículo 60 del Código Penal.

Por supuesto también debe ser correctamente imputada por la Fiscalía al delito específico que la contenga, como en el caso del artículo 365-5 ídem.

Lo que significa que la figura de la coparticipación no se puede aplicar indistintamente a cualquier delito por el solo hecho de que hubiera sido ejecutado por dos o más individuos, que fue como se dispuso en la segunda instancia.

Decisión sin motivación.

La falta de motivación en la sentencia de segunda instancia en cuanto al incremento punitivo por aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad es palmaria, no solo porque ella no fue inequívocamente imputada por la Fiscalía a un delito o grupo de delitos, sino porque la sala de decisión penal del Tribunal Superior de Antioquia, asumiendo que cobijaba únicamente los delitos contra la vida, inobservó la exigencia de distinguir la índole de la causal y sus consecuencias, por lo que tasó la pena del delito base en el mínimo de los cuartos medios, implicando así un aumento de 4 años y 10 meses de prisión.

Se trata, entonces, de una situación de relevancia constitucional que no se puede minimizar como lo hizo la magistratura al desechar de plano, y sin posibilidad de controversia, el incidente de nulidad parcial que se le propuso en busca de la corrección de su inadvertencia, así como del error del *A quo* en el monto de la pena accesoria de privación de porte y tenencia de armas de fuego.

Desconocimiento del precedente.

También creo que este se presenta, por omisión, en tanto la Corte Suprema de Justicia tiene bien y claramente definido en los dos sistemas de juzgamiento vigentes que tanto los delitos como las circunstancias genéricas y específicas de su ejecución deben explicitarse tanto fáctica como jurídicamente en la formulación de la imputación y la acusación, como también en los alegatos de conclusión, situación la sala de decisión penal accionado desconoció por no cumplir con la exigencia de la motivación:

(ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad.

En estas condiciones, reitero respetuosamente mi inicial solicitud de tutelar el derecho fundamental al debido proceso a HERLIN DARÍO y DANIEL ENRIQUE ZAPATA MONTOYA, por lo que con todo comedimiento pido, señores Magistrados:

Ordenar a la sala de decisión penal del Tribunal Superior de Antioquia, presidida por el doctor GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME, que decrete la **NULIDAD** parcial de la sentencia de segunda instancia proferida el 10 de febrero de 2015, mediante la cual se confirmó la condena, por cuenta del Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí en providencia del 22 de julio de 2015, de los hermanos HERLIN DARÍO y DANIEL ENRIQUE ZAPATA MONTOYA por el concurso de delitos de Homicidio, Tentativa de Homicidio y Porte ilegal de armas de fuego, y como consecuencia de ello disponga:

1. Dejar sin efectos el incremento de 4 años y 10 meses sobre la pena principal de prisión impuesta en primera instancia a los hermanos ZAPATA MONTOYA.
2. Enmendar el error en el quantum de la pena accesoria de privación de tenencia y porte de armas de fuego durante 20 años que a los mismos se les impuso en la sentencia de primera instancia, que en tal sentido quedó incólume con su confirmación

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que por estos mismos hechos y derechos no he interpuesto ninguna acción de tutela ante otras autoridades judiciales en representación de HERLIN DARÍO y DANIEL ENRIQUE ZAPATA MONTOYA.

PRUEBAS

Para que se consideren como tales, adjunto los siguientes documentos, debidamente numerados:

1. Audio audiencias preliminares, del 22 de noviembre de 2013.
2. Escrito de acusación, del 31 de diciembre de 2013.
3. Audio de audiencia de formulación de acusación, del 26 de febrero de 2014.
4. Audio de audiencia de apertura del juicio oral, del 21 de mayo de 2014.
5. Audio de continuación del juicio oral, del 3 de junio de 2014, horas de la mañana.
6. Audio de continuación del juicio oral, del 3 de junio de 2014, horas de la tarde.
7. Audio de terminación del juicio oral, del 3 de junio de 2014, horas de la tarde.
8. Copia sentencia de primera instancia, del 22 de julio de 2014.
9. Copia sentencia de segunda instancia, del 10 de febrero de 2015.
10. Copia del auto AP6282, del 28 de octubre de 2015, por medio del cual se inadmite el recurso extraordinario de casación.
11. Copia del auto del 17 de enero de 2023, mediante el cual se rechaza de plano el incidente de nulidad.

NOTIFICACIONES

Accionada: Centro Administrativo "La Alpujarra" de Medellín, Edificio José Félix de Restrepo, piso 27. Correo electrónico: secsptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co

Accionante en Medellín, carrera 38 # 26-385.

Correos electrónicos: humbertonavales@gmail.com

Cordialmente,



HUMBERTO NAVALES DURANGO