

RV: TUTELA DIEGO FERNANDO GARCIA GONZALEZ

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Mar 11/07/2023 16:15

Para:Recepcionprocesospenal <recepcionprocesospenal@cortesuprema.gov.co>

 2 archivos adjuntos (15 MB)

TUTELA DIEGO FERNANDO GARCIA.docx; ANEXOS.pdf;

Tutela primera instancia

DIEGO FERNANDO GARCIA GONZALEZ

De: ALVARO DIAZ GARNICA <diazgarnicaasociados@gmail.com>

Enviado: martes, 11 de julio de 2023 4:12 p. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Asunto: TUTELA DIEGO FERNANDO GARCIA GONZALEZ

**HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL
Bogotá.**

ASUNTO: ACCION DE TUTELA.

Cordial saludo,

ALVARO DIAZ GARNICA, identificado con cedula de ciudadanía Nro. 16.624.647, expedida en Cali, de profesión Abogado, con tarjeta profesional Nro. 56.861 del Consejo Superior de la Judicatura, con domicilio profesional en la carrera 4ª # 12-41, Edificio Centro Seguros Bolívar, oficina 814, teléfono 8889267, telefax 8889391, de Cali, e-mail diazgarnicaasociado@gmail.com, de manera cordial y respetuosa, actuando de conformidad con el poder otorgado por el señor **DIEGO FERNANDO GARCIA GONZALEZ**, se dirige a esa Honorable Corporación, a fin de instaurar **ACCIÓN DE TUTELA**, conforme al artículo 86 de la Constitución Nacional y normas reglamentarias, a efectos de que protejan de manera inmediata los derechos fundamentales constitucionales quebrantados, según los hechos que posteriormente señalaré.

1. AUTORIDADES PÚBLICAS AUTORAS DE LAS VIOLACIONES.

Esta acción constitucional se dirige contra el **JUZGADO DIECISIETE DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C.**, bajo la titularidad del **Dr. EFRAÍN ZULUAGA BOTERO**, ubicado en la calle 11 N° 9ª-24, teléfono (1) 2864088 **Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA DE DECISIÓN PENAL, Honorables Magistrados **JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN (PONENTE), XENIA ROCÍO TRUJILLO HERNÁNDEZ y CARLOS HÉCTOR TAMAYO MEDINA (REVISORES).**

2. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS.

Con las conductas jurisdiccionales activas que detallaré en el acápite correspondiente, los mencionados Despachos judiciales, violaron los siguientes derechos fundamentales:

- 2.1** El debido proceso (art. 29 de la Constitución Nacional);
- 2.2** La libertad individual (art. 28 de la Constitución Nacional) y,
- 2.3** La dignidad humana (art. 1° de la Constitución Nacional).
- 2.4** Derecho a la igualdad (art. 13 de la Constitución Nacional).

3. DE LOS ACTOS JURISDICCIONAL QUE VIOLARON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTES MENCIONADOS.

3.1. El Juzgado 17 de Ejecución de penas y medidas de seguridad, de Bogotá D.C., mediante auto interlocutorio de 26 de septiembre de 2022, dentro del asunto penal radicado bajo el No. 76001-31-07-005-2016-00005-00, número interno 6140 ley 600 de 2000, negó la “redosificación” de la sanción penal impuesta al señor **DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.748.605.

3.2. Esa decisión fue recurrida en apelación por este defensor. Como consecuencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, mediante auto de 10 de mayo de 2023, confirmó la decisión materia de impugnación; con lo cual se agotó toda opción de obtener algún resultado favorable al interior del proceso penal, en cuanto al tema jurídico planteado.

4. DEL ITER PROCESAL RELEVANTE.

4.1 La actuación relevante para esta acción de tutela, fue resumida así en el memorial dirigido al Juzgado 17 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá:

*“2.1. El Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado, de la ciudad de Cali, mediante sentencia ordinaria No. 002, de 16 de febrero de 2016, condenó al señor **DIEGO FERNANDO GARCIA GONZALEZ**, a las penas principales de trescientos sesenta (360) meses de prisión y multa de 736,97 SMLMV. Igualmente impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de veinte (20) años. Igualmente le negó la ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria.*

2.2. Los argumentos del Juez antes mencionado, para la dosimetría de la pena, fueron los siguientes:

*“Como quiera que **DIEGO FERNANDO GARCIA GONZALEZ**, HA SIDO ENCONTRADO PENALMENTE RESPONSABLE DE UN CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES, NECESARIAMENTE DEBEMOS REMITIRNOS AL ARTÍCULO 31 DEL Código Penal, en el cual se le impone al juez partir del delito que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles dosificadas cada una de ellas.*

Con base en lo anterior, partirá este estrado judicial del delito de *HOMICIDIO AGRAVADO*, la cual contempla la pena mas alta; mismo que de conformidad con el artículo 104 del Código Penal¹, establece una pena que va de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, o lo que es lo mismo, de trescientos (300) a cuatrocientos ochenta (480) meses de prisión.

Ahora, para obtener el ámbito de movilidad, debemos restarle al máximo de la pena el mínimo, el cual nos arroja un total de ciento ochenta (180) meses que, al dividirlo en cuatro no arroja un ámbito de cuarenta y cinco (45) meses. En consecuencia, los respectivos cuartos quedaran de la siguiente manera:

| | | | | |
|-------------------|----|-------------|---|-----|
| Cuarto mínimo: | de | 300 | a | |
| 345 meses | | | | |
| 1er cuarto medio: | de | 345 (1) día | a | 390 |
| meses | | | | |
| 2º cuarto medio: | de | 390 (1) día | a | 435 |
| meses | | | | |
| Cuarto máximo | de | 435 (1) día | a | 480 |
| meses | | | | |

Los mismos parámetros deben ser aplicados a la pena contemplada en el artículo 165 del Código Penal, este es, respecto del delito de *Desaparición Forzada*, el cual establece una pena que va de veinte (20) a treinta (30) años de prisión; o lo que es lo mismo, de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses de prisión.

Respecto del ámbito de movilidad aplicamos la misma operación que para el homicidio, quedando en ciento veinte (120), luego de restarle al máximo el mínimo, monto que al dividirlo en cuatro arroja un ámbito de treinta (30) meses. En consecuencia, los respectivos cuartos quedaran así:

¹ Vigente al momento de los hechos, y sin tener en cuenta el aumento del artículo 14 de la ley 890 de 2004, el cual solo se aplica a asuntos tramitados bajo la ley 906 de 2004.

| | | | | |
|-------------------|----|-------------|---|-----|
| Cuarto mínimo: | de | 240 | a | |
| 270 meses | | | | |
| 1er cuarto medio: | de | 270 (1) día | a | 300 |
| meses | | | | |
| 2º cuarto medio: | de | 300 (1) día | a | 330 |
| meses | | | | |
| Cuarto máximo | de | 330 (1) día | a | 360 |
| meses | | | | |

En cuanto al delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, conforme al artículo 340 8inciso 2º del Código Penal, se establece una pena que va de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión, que luego de restarle al máximo el mínimo nos arroja un total de ciento veinte (120) que al ser dividido en cuatro no arroja un ámbito de treinta (30) meses, quedando en consecuencia los respectivos cuartos así:

| | | | | |
|-------------------|----|-------------|---|-----|
| Cuarto mínimo: | de | 96 | a | 126 |
| meses | | | | |
| 1er cuarto medio: | de | 126 (1) día | a | 156 |
| meses | | | | |
| 2º cuarto medio: | de | 156 (1) día | a | 186 |
| meses | | | | |
| Cuarto máximo | de | 186 (1) día | a | 216 |
| meses | | | | |

En cuanto al delito de TORTURA, conforme al artículo 178 de Código Penal, se establece una pena que va de ocho (8) a quince (15) años de prisión que pasado a meses queda de noventa y seis (96) a ciento ochenta /180) meses de prisión, que luego de restarle al máximo el mínimo nos arroja un total de ochenta y cuatro (84) que al ser dividido en cuatro nos arroja un ámbito de veintiún (21) meses, quedando en consecuencia los respectivos cuartos así:

| | | | | |
|-------------------|----|-------------|---|-----|
| Cuarto mínimo: | de | 96 | a | 117 |
| meses | | | | |
| 1er cuarto medio: | de | 117 (1) día | a | 138 |
| meses | | | | |

2º cuarto medio: de 138 (1) día a 159
meses
Cuarto máximo de 159 (1) día a 180
meses

Claro lo anterior, y como quiera que la pena para el delito de HOMICIDIO AGRAVADO en calidad de coautor es la más grave según su naturaleza, la cual asciende a trescientos (300) meses de prisión, será esta la que se tomara como base; pena a la que ha de adicionarse otro tanto por el concurso de conductas punibles, resolviendo el despacho aumentar la pena en ciento setenta y cinco (175) meses por los otros siete homicidios, estos es, veinticinco (25) meses por cada uno, por el delito de tortura se suman otros ochenta (80) meses, esto es, diez (10) meses por cada víctima, en ciento sesenta (160) meses, por las ocho desapariciones forzadas”

2.3. *La mencionada sentencia condenatoria fue objeto de impugnación, por parte del defensor de confianza del señor **DIEGO FERNANDO GARCIA GONZALEZ**. A parte de cuestionar la calificación jurídica de los hechos y solicitar la modificación de la misma, pidió la reducción de la pena, pero como consecuencia de esa variación del proceso de adecuación típica.*

2.4. *Mediante sentencia de 24 de febrero de 2017, con ponencia del Dr. **CARLOS ANTONIO BARRETO PÉREZ**, se impartió confirmación integral el fallo recurrido.*

En lo atinente al juicio de punibilidad, la segunda instancia dijo lo siguiente:

“ 1-. Tal argumento, por sí solo, en nada demuestra yerro en el juicio de punibilidad pues es el apelante a quien le corresponde identificar y demostrar el desacierto de la juez frente a la valoración de las circunstancias personales del implicado como uno de los fundamentos para la determinación cuantitativa de la pena; carga que el censor no cumplió, motivo por el que la Sala no puede sustituirlo en esa función, ni asumir que la decisión de la juez en

ese aspecto tiene que ser modificada pues ello implicaría presumir la equivocación del funcionario judicial y el acierto del apelante, lo cual es jurídicamente inadmisibles atendiendo a que las decisiones judiciales se hallan amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad.

2.- Prueba de que la juez tuvo en consideración las circunstancias personales del aquí implicado y que, por lo mismo, el monto de la pena impuesta no resulta desproporcionada como infundadamente lo alega el impugnante, lo constituye el hecho de que para el delito de homicidio agravado -que dentro del concurso de delitos fue el mas grave-, la juez ubicó al aquí procesado en el primer cuarto y le impuso el extremo mínimo del mismo, esto es , 25 años de prisión, los cuales aumentó de manera proporcional por los restantes delitos -7 homicidios agravados; 8 torturas ; 8 desapariciones forzadas y concierto para delinquir-, para un total de 60 años de prisión, los cuales, al aplicarse la rebaja de la mitad por la aceptación de cargos, arrojó una pena definitiva a imponer de 30 años de prisión , lo cual significa, en números, que el aquí implicado terminará purgando por la comisión de 25 delitos sumamente graves una pena que apenas sobrepasa en 5 años la que corresponde a un solo homicidio agravado.”

5. DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES:

5.1. En la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia, reiterada y ampliada en la sentencia SU027 de 2021, se expuso que el accionante debe acreditar los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción excepcional de tutela contra decisiones judiciales. Señaló lo siguiente:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones [4]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

“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. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

“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. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

“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. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

“e. 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. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

“f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”.

En la Sentencia T-152 de 2013, la alta Corte, reiteró tal doctrina constitucional de la siguiente forma:

“En la sentencia C-590 de 2005, se estipuló que, para la procedencia de la acción constitucional, deben cumplirse tanto los (i) requisitos generales de procedibilidad, como los (ii) requisitos especiales para su procedencia.

“(i) Las causales generales para que una tutela, que se endereza al cuestionamiento de una providencia judicial, proceda son:

“a. El asunto en discusión debe comportar una evidente relevancia constitucional que permita establecer que es el juez de tutela el encargado de su estudio.

“b. Deben haber sido agotados todos los mecanismos de defensa judiciales –ordinarios y extraordinarios- existentes para la protección de los derechos del actor. Sin embargo, en caso de que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, la acción constitucional podrá proceder como mecanismo transitorio, aún ante la ausencia del agotamiento de los medios de defensa.

“c. Se debe dar cumplimiento al principio de inmediatez, es decir, que la tutela se haya interpuesto en un término razonable y proporcionado desde el hecho que originó la vulneración o amenaza de los derechos del tutelante, hasta el

momento en que éste acudió ante el juez constitucional para la protección de los mismos.

“d. La irregularidad procesal alegada deberá tener un efecto decisivo o determinante en las providencias objeto de discusión.

“e. La parte actora debe haber identificado los hechos que generaron la afectación, los derechos vulnerados y que éstos hayan sido alegados dentro del proceso, siempre y cuando fuere posible.

“f. No se trate de una sentencia de tutela”.

5.2. A la luz de las anteriores premisas, es claro que, en este asunto de amparo contra providencia judicial, se satisfacen dichos requisitos, por las siguientes razones:

a.-Relevancia constitucional del caso: La demanda de tutela que se presenta, tiene relevancia constitucional, pues no se trata de una discusión a nivel legal, sino de una controversia referida a los derechos constitucionales del debido proceso constitucional, la libertad individual, la dignidad humana y la igualdad. Son, además, derechos fundamentales de primera generación, reconocidos en los Tratados Internacionales que reconocen derechos humanos y garantías judiciales, que hacen parte del ordenamiento interno por mandato del artículo 229 de la Constitución de Colombia.

En el presente caso, las decisiones jurisdiccionales atacadas, desconocen abiertamente los derechos fundamentales ya mencionado, como luego se explicará. Ellos son: el debido proceso relacionado con la legalidad de la pena, la libertad personal, la igualdad y la dignidad humana, en su doble dimensión: como pilar axiológico del Estado Social de Derecho, y como derecho fundamental, reclamable por vía de tutela.

b. Agotamiento de los recursos judiciales: No existen otros medios judiciales, diferentes a la acción de tutela, para dejar sin

efectos las decisiones que vulneraron los derechos fundamentales mencionados.

Como se indicó, el Juzgado 17 Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de Bogotá, negó la “redosificación” de la pena impuesta a mi patrocinado, lo cual, de suyo, afecta el debido proceso que tiene que ver con una correcta cuantificación de la pena y de paso vulnera la libertad personal, puesto ello implica que debe permanecer mucho más años preso; más de lo que la misma Ley penal dispone. Lo que, al mismo tiempo, vulnera la dignidad del sentenciado, al recibir un tratamiento absolutamente desigual, frente a los demás habitantes del territorio nacional, y con respecto a otras personas que fueron juzgadas en el mismo caso, a quienes se les impusieron penas muy inferiores. Es de indicar que no se solicitó una redosificación de la pena si no un ajuste legalidad de la misma, o una rectificación.

Y tal decisión, como se indicó, fue confirmada por el Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Por consecuencia, la única herramienta jurídica residual para la efectivización de los derechos fundamentales de mi representado, es la acción constitucional de tutela.

c.- **Requisito de inmediatez:** Este requisito se cumple a cabalidad pues la decisión de primera instancia que afectó los derechos fundamentales se profirió el 26 de septiembre de 2022, mientras que la de segunda instancia se emitió el **10 de mayo de 2023**; fecha esta última en la que se finiquitó el trámite al interior del proceso. Por tanto, nos encontramos dentro del plazo de seis meses jurisprudencialmente aceptado para presentar esta acción constitucional.

d. **Incidencia de la irregularidad en la providencia objeto de tutela:** La vulneración de los derechos fundamentales invocados

tuvo un efecto decisivo en la decisión del asunto, pues con ella se vulneraron los derechos fundamentales. En otras palabras, las providencias proferidas por los despachos accionados, desencadenó la violación de los derechos fundamentales, al negarse la corrección de la pena, que no corresponde a un error aritmético sino a un error de dosificación punitiva, por haberse desconocido el límite máximo establecido en la Ley penal.

e.- Identificación de los hechos y derechos y su alegación dentro del proceso si esto es posible: En los capítulos que anteceden han sido identificados los hechos que constituyen el objeto de la tutela, es decir, que se trata de las providencias ya referidas, proferida por los Despachos accionados, mediante las cuales, se negaron la correcciones solicitadas.

f.- Que no se trate de una sentencia de tutela: Las providencias reseñadas contra las cuales se dirige la demanda de tutela, se identifican como autos interlocutorios, proferidos dentro de la actuación penal, en orden a negar la corrección de la pena, la cual se impuso superando los extremos señalados en la Ley.

Por lo tanto, no se trata de una demanda dirigida contra sentencia de tutela.

En cuanto a los requisitos de procedibilidad específicos, señaló la Corte Constitucional, que debe demostrarse que la providencia atacada adolece de algún defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, un error inducido, o carece por completo de motivación, desconoce el precedente o viola directamente la constitución².

² Estos requisitos fueron resumidos por la Sala de Casación Penal, en la sentencia de Tutela de 13 d mayo de 2021, ponente EYDER PATIÑO CABRERA, STP7090-2021, Rad. 114797

En la sentencia SU02 de 5 de febrero de 2021, respecto de los requisitos específicos, la Corte Constitucional, dijo lo siguiente:

“Una vez superado el análisis de los requisitos generales de procedencia de tutela contra providencia judicial, se requiere que además se estructure por lo menos uno de los defectos específicos señalados por la jurisprudencia constitucional. Así, se señaló en la misma providencia a la que se viene haciendo referencia:

(...) Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y

<<³ Sentencia T-522/01>>

ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁴.

i. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.⁵

Entonces, si se cumplen con los requisitos generales y por lo menos se estructura una de las causales especiales antes anotadas, es posible acudir a la acción de tutela para invocar la protección del derecho fundamental al debido proceso.”

6. DEL DEFECTO ESPECÍFICO QUE PERMITE ACUDIR A LA ACCIÓN DE TUTELA EN ESTE CASO.

<<⁴ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01>>

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

6.1. Las providencias interlocutorias de primera y segunda instancia, ya señaladas, adolecen de un (1) defecto reconocido por la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela excepcional contra decisión judicial, a saber: **defecto material o sustantivo**. Ello, por cuanto al no ajustar la pena a la legalidad, desconocieron, por un lado, el mandato constitucional que establece que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, mientras que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial (art. 230 C. N.) y, por otra parte, dejaron en firme una decisión que, por su manifiesta ilegalidad, no puede seguir surtiendo efectos. Bien ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, que en un Estado constitucional, no solo se predica la protección de bienes jurídicos como la principal finalidad del **ius puniendi** – propósito a partir del cual han de comprenderse los fines de la pena-; además, se instituyen barreras de contención de la actividad punitiva estatal, a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana, proscribiendo los excesos en la punición.⁶ La racionalidad, proporcionalidad y necesidad de la pena, aparecen señaladas en los extremos punitivos establecidos en la Ley Penal; de tal manera que cuando esos límites no se respetan se violan los derechos fundamentales ya mencionados. Se tomó una decisión irrazonable, dejándose de aplicar la Constitución y principios medulares de la administración de justicia y del procedimiento penal.

⁶ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, sentencia de 27 de febrero de 2013, radicación 33254.

El artículo 28 de la Constitución Colombiana, que contiene el derecho fundamental de la libertad, dispone que: “***Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley***”.

Las normas que hacen parte del **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD** y la disposición constitucional referida, conforman un todo armónico. Todas remiten a las exigencias legales para restringir la libertad personal. La pena debe imponerse dentro de los límites previstos en la Ley penal; de manera que cuando se sobrepasan esos límites, se viola la norma constitucional indicada en precedencia.

7. DEMOSTRACIÓN DE LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL DEMANDADA.

7.1. A fin de conservar un orden y con el propósito de introducir claridad, veamos primero lo que se solicitó a los funcionarios judiciales accionados, para emitir las decisiones cuestionadas:

a. En memorial dirigido al Juzgado 17 de Ejecución de Penas Y Medidas de Seguridad de Bogotá, se le solicitó ajustar a la legalidad las penas impuestas al señor **DIEGO FERNANDO GARCIA GONZALEZ**, para lo cual , luego de una sinopsis procesal, se materializaron los siguientes fundamentos:

“3.1. Como bien se aprecia en la sentencia de primera instancia, confirmada en todas sus partes por el fallo de segunda instancia, después de hacer las dosificaciones punitivas para cada uno de los delitos, se plasmaron las siguientes conclusiones:

a. Se partió de la pena de trescientos (300) meses de prisión, que se tomó como base (pena para un homicidio agravado, que era, y sigue siendo, el delito más grave);

b. A esa pena, se dijo, debía adicionarse otro tanto por el concurso de conductas punibles, **“resolviendo el despacho aumentar la pena en ciento setenta y cinco (175) meses por los otros siete homicidios, esto es, veinticinco (25) meses por cada uno”**;

c. Por el delito de tortura se sumaron ochenta (80) meses, **“esto es, diez (10) meses por cada víctima”**;

d. Luego se aumentaron ciento sesenta (160) meses, **“por las ocho desapariciones forzadas”** y,

e. Finalmente se aumentaron cinco (5) meses por el delito de concierto para delinquir agravado, **“quedando en definitiva la pena en setecientos veinte (720) meses de prisión”**. Que equivalen a **sesenta (60) años**.

3.2. A esos setecientos veinte (720) meses de prisión (60 años), se le rebajó la mitad **“quedando en definitiva una pena de prisión de trescientos sesenta (360) meses”**. O sea, **treinta (30) años de prisión**.

3.3. Es claro, tal como rezan las sentencias de primera y segunda instancia, los hechos acaecieron entre los meses de febrero y julio de 2003. Así lo resume la sentencia de segunda instancia:

“Tras la desaparición, entre los meses de febrero y julio de 2003, de los campesinos Celio Montenegro Navia, Héctor Fabio Jiménez Álvarez, Jairo Vladimir Vallejo, Édison Ordoñez Pachinchaná, Alexander López López Y Francisco López Diago, sus cuerpos fueron hallados días después, junto a otros dos cadáveres de seres humanos que no lograron ser identificados, en fosas comunes en la parcelación Hato Chico ubicada en el

corregimiento El Carmen del Municipio de Dagua (Valle), todos con evidentes signos de tortura”

3.4. *Es una verdad irrefutable que, por mandato de los Tratados Internacionales que reconocen derechos humanos y garantías judiciales, de la Constitución Colombiana (art. 29) y de las Leyes penales anterior y actual (art. 6º de la ley 600 de 2000 y 6º de la ley 906 de 2004), en materia penal es imperativa la aplicación del principio de favorabilidad, mucho más cuando se trata de dosificar la sanción penal. Esto está dicho hasta el cansancio y no amerita mayores elucubraciones.*

3.5. *Ahora bien: ¿Qué normas existían para la época de los hechos, relacionadas directamente con los límites punitivos? **(Recuérdese que los mismos sucedieron entre febrero y julio de 2003).***

Estaban vigentes los artículos 31 y 37 del Código Penal, que regulaban el concurso de conductas punibles y las reglas que gobernaban la pena de prisión, en cuanto los extremos de la sanción.

El artículo 31, sin ninguna modificación a su texto original, decía lo siguiente:

“Art.31.- El que con una solo acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señala la pena mas grave contemplaré sanciones

distintas a la establecida en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

Parágrafo. - En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”

Entre tanto, el artículo 37 era del siguiente tenor, en su texto original:

“Art. 37. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. La pena de prisión tendrá una duración máxima de cuarenta (40) años.*
- 2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.*
- 3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena”*

*Ambos artículos, como puede verse sin ningún esfuerzo de interpretación, señalaban que **“en ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años”** (segundo inciso del artículo 31), o **“la pena de prisión tendrá una duración máxima de cuarenta (40) años”** (numeral 1º del artículo 37). Prohibiciones tajantes. Todo lo que estuviese por encima de esos techos punitivos, era – y es – ilegal.*

3.6. ¿Qué normas posteriores modificaron esos mismos artículos?

Ambos artículos fueron modificados por la ley 890 de 2004.

*En efecto, el artículo 31 fue adicionado por el artículo 1º de la ley 890 de 2004, en cuanto que estableció que: **“En ningún caso, en***

los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años". A su vez, el artículo 2º de la ley 890 de 2004, modificó el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal, en cuanto que señaló que: **"La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso"**.

Es elemental entender: la pena de prisión "tendrá" una duración máxima de cincuenta (50) años, **"excepto en los casos de concurso"**. Cuando este se presente, la pena máxima puede ser de sesenta (60) años.

3.7. La ley 890 de 7 de julio de 2004, empezó a regir a partir del 1 de enero de 2005, con excepción de los artículos 7º a 13º, los que entraron a regir en forma inmediata, según lo estableció el artículo 15 de la misma ley.

3.8. También es profusa la jurisprudencia en señalar que los incrementos punitivos señalados en la ley 890 de 2004, sólo son aplicables a los hechos punibles sucedidos durante la vigencia de la ley 906 de 2004. Lo cual implica que esos incrementos punitivos no se aplican a los hechos sucedidos durante la vigencia de la ley 600 de 2000.

Pero, independientemente de esos criterios jurisprudenciales, es lo cierto, totalmente apodóctico, que, por respeto al principio de favorabilidad, los artículos 1º y 2º de la ley 890 de 2004, que modificaron los artículos 31 y 37 del Código Penal, no son aplicables de manera retroactiva a los hechos sucedidos antes de su vigencia. Ello por ser totalmente desfavorables.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, durante la vigencia de los artículos 31 y 37 del Código Penal, antes de entrar a regir la ley 890 de 2004, fue enfática en decir que en **ningún caso** la pena podía superar los cuarenta (40) años de prisión.

Por ejemplo, en la sentencia de 12 de noviembre de 2003, rad. 19412, con ponencia de la Dra. Marina Pulido de Varón, indicó lo siguiente:

“Por ello, no puede la Sala compartir el planteamiento del Procurador Delegado para la Casación Penal, según el cual no se ha vulnerado el principio de favorabilidad porque, de todas maneras, el incremento de cuatro (4) años de prisión, se encuentra dentro de los límites previstos tanto en el Decreto 100 de 1980 (artículo 26) como en la Ley 599 de 2000 (artículo 31), dado que tratándose de concurso de conductas punibles el procesado debe quedar sometido a la pena que se establezca para el delito sancionado con mayor punibilidad, aumentada hasta en otro tanto, con las únicas limitantes, remitidas a que no se sobrepase la suma aritmética de las penas que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas independientemente y que no se exceda de cuarenta (40) años.

Lo anterior, porque no puede comportar respeto por el principio de favorabilidad considerar que como los cuatro (4) años que se incrementaron por razón del delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico no superan esos límites señalados para la tasación de penas cuando se presenta el fenómeno concursal, el mismo no ha sufrido mengua alguna. Porque definitivamente una cosa es que, teniendo en cuenta el referente de diez (10) años de prisión como pena mínima a imponer para este delito, que era la vigente al momento de los hechos y para cuando se profirió el fallo de primera instancia, por tal conducta la pena se hubiera incrementado en cuatro (4) años de prisión; y otra bien distinta, afirmar, que el mismo aumento procede teniendo como referente no ya ese mínimo de diez (10) años, sino el de seis (6) que es el que contempla el inciso 2° del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, cuya aplicación favorable con verdadero ahínco demanda la casacionista.

Es que no se trata en este caso, como lo pone de presente el Delegado, de una equivocación sin trascendencia en el señalamiento de la norma, porque lo que la Sala encuentra es que

por virtud de ello terminó afectándose el principio de favorabilidad, con consecuencias onerosas para los procesados que reclaman el necesario correctivo en esta sede, al mantenerse un incremento de pena por razón del concierto para delinquir igual al considerado cuando el parámetro mínimo de referencia era superior al que ahora fija el artículo 340 de la Ley 599 de 2000.”

Posteriormente, en sentencia del 29 de septiembre de 2005, rad. 20.354, con ponencia del Dr. Jorge Luis Quintero Milanés, volvió sobre lo mismo, al decir que, al tratarse de concurso de delitos, la pena “no puede exceder el doble de la estimada en concreto en el caso particular, ni puede resultar superior a la suma aritmética de las que correspondían si el juzgamiento se realiza separadamente para las distintas infracciones, ni superior a los cuarenta (40) años de que trata el inciso 2º de esa preceptiva”.

En sentencia de 12 de marzo de 2014, Rad. SP2998-2014, 42.623, con ponencia del Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández, la Sala de Casación Penal, didácticamente, enseñó cómo se dosifican las penas, reiterando que no puede superar los cuarenta (40) años de prisión:

*“El artículo 31 de la Ley 599 de 2000, prevé que a quien con una sola acción o una omisión, o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, se le impondrá una sanción equivalente a la prevista para la pena más grave, aumentada “hasta en otro tanto”, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, debidamente dosificados cada uno de ellos, **y sin que la privación de la libertad exceda de los 40 años de prisión, si se trata de un hecho ocurrido antes de la Ley 890 de 2004, pues esta aumentó hasta 60 años ese marco máximo.***

Sobre este precepto, la jurisprudencia de la Sala ha extractado las siguientes conclusiones:

a) El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en

concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”.

b) La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 *ibídem* (CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.)

c) Es a partir de dicha “pena más grave” con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto “hasta en otro tanto”. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave (Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458).

d) El incremento de “hasta en otro tanto” de “la pena más grave” no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso, de conformidad con lo que prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 (Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987).

e) En todo caso, la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino tiene que representarle una ventaja sustancial al procesado. Según la Corte:

*“Valga aclarar que la expresión **suma aritmética** mencionada en el artículo 28 del C. P. [actual artículo 31] es una limitante del ‘tanto’ en que puede aumentarse la pena por el número plural homogéneo o heterogéneo de conductas delictivas que simultáneamente en una actuación procesal deban sancionarse, pero nada tiene que ver esa suma con el sistema denominado ‘acumulación aritmética’, el cual corresponde a la aplicación del principio ‘tot delicta, tot poena’, y que significa agregar materialmente las penas de todos los reatos, siendo su resultado la sanción a imponerse. El legislador colombiano, en el código de 1980 como en el del año 2000, acogió en los artículos 26 y 31 en mención el sistema de la adición jurídica de penas, que consiste en acumularlas por debajo de la suma aritmética, sobresaliendo el hecho de que el aumento punitivo se toma a partir de la sanción individualizada para el delito base, sin importar la naturaleza y especie de la pena de los delitos concurrentes, a condición de que en éstos prime la menor intensidad punitiva en relación con la del básico y, en los eventos en que prevean adicionalmente una consecuencia jurídica distinta a la prevista en ésta, como lo dicen las normas citadas, se tendrá en cuenta, a efectos de hacer la tasación correspondiente⁷.*

(...)

Se trata entonces de una acumulación jurídica de penas, la cual está limitada por la suma aritmética de las sanciones imponibles para los demás delitos individualmente considerados, sin que tampoco se pueda superar el doble de la pena en concreto de la conducta de mayor entidad, ni el rango previsto en el inciso 2º del artículo 31 del Código Penal que fija el límite de sesenta (60) años de prisión (CSJ SP, 2 dic. 2008, rad. 30804. Subrayado en el texto original).

En el presente evento, tratándose de concurso homogéneo y sucesivo de tres prevaricatos por acción, es evidente que el Tribunal respetó en su integridad los parámetros arriba reseñados, cuando partiendo de la pena de 45 meses tasada para uno de ellos, aumentó 15 meses por cada uno de los concursantes.

⁷ Sentencia de 15 de mayo de 2003, radicación 15868. Negrillas en el original.

3.9. Siendo axiomático lo anterior, el juzgado, al momento de condenar, violó flagrantemente el principio de favorabilidad, pues aplicó los artículos 1º y 2º de la ley 890 de 2004, que modificaron los artículos 31 y 37 del Código Penal, que empezó a regir el 1 de enero de 2005 (artículo 15 de la ley 890 de 2004) que autoriza, en caso de un único delito una pena máxima de cincuenta (50) años y en el evento de concurso una pena máxima de sesenta (60) años, mientras que las disposiciones anteriores (artículos 31 y 37), eran tajantes en señalar que **“En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años”** (inciso 2º del artículo 31) y que **“La pena de prisión tendrá una duración máxima de cuarenta (40) años”** (numeral 1º del artículo 37) .

Y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior, de Cali, en la sentencia de segunda instancia, tenía el deber constitucional y legal de corregir el error garrafal en la dosificación punitiva, pero no lo hizo, con el argumento de que el abogado no lo alegó y que “la Sala no puede sustituirlo en esa función, ni asumir que la decisión de la juez en ese aspecto tiene que ser modificada pues ello implicaría presumir la equivocación del funcionario judicial y el acierto del apelante, lo cual es jurídicamente inadmisibles atendiendo a que las decisiones judiciales se hallan amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad”. Afirmaciones, definitivamente, desenfocadas de manera tremebunda, porque, en ese caso, estaba a la vista que se había violado el principio de legalidad de las penas y no era dable presumir una legalidad que estaba vulnerada. Bien se conoce que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de Colombia, en múltiples ocasiones, ha casado oficiosamente sentencias por contener errores en la tasación punitiva que viola el principio de legalidad.

Muestra de ello es la sentencia de 3 de diciembre de 2003, rad. 19687, con ponencia de la Dra. Marina Pulido de Varón, en la que señaló que se había violado el principio de legalidad de las penas y que **“...por lo anotado, se impone restablecer oficiosamente el agravio ocasionado, casando parcialmente el fallo impugnado...”**.

3.10. Desde otra perspectiva, en la sentencia de 10 de abril de 2003, rad. 14.528 con ponencia del Dr. Edgar Lombana Trujillo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló lo siguiente:

“Resta agregar que la aplicación retroactiva favorable de las disposiciones contenidas en el actual estatuto punitivo (ley 599 de 2000), frente a las normas preexistentes a los hechos investigados y con sujeción a las cuales se profirió la condena, si hubiere lugar a ella, le compete al Juez De Ejecución De Penas Y Medidas De Seguridad de conformidad con las previsiones del artículo 79-7 del actual estatuto procesal penal”

También en sentencia de 5 de mayo de 2004, Rad. 13.055, con ponencia del mismo magistrado, concluyó que “...Corresponde dejar en claro que las decisiones atinentes a la aplicación del principio de favorabilidad habrá de tomarlas, con carácter definitivo, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad a quien se le asigne la vigilancia de la ejecución de la sentencia”.

4. CONCRECIÓN DE LA PENA QUE SE LE DEBE IMPONER AL SEÑOR DIEGO FERNANDO GARCIA GONZÁLEZ.

4.1. Conforme a las normas vigentes para la época de los hechos (febrero a julio de 2003) que lo eran los artículos 31 y 37 del Código penal, sin las modificaciones introducidas por la ley 890 de 2004, la pena máxima no podía superar los cuarenta (40) años de prisión. No se autorizaba ningún incremento adicional cuando se presentaba el fenómeno de concurso de delitos. El artículo 31 que regulaba el concurso de conductas punibles, contundentemente disponía en el inciso 2º: **“En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años”**. Solo el artículo 1º de la ley 890 de 2004, no aplicable al caso del señor **DIEGO FERNANDO GARCIA GONZÁLEZ**, autorizó una pena de sesenta (60) años, en caso de concurso.

4.2. Siendo así, debe partirse del techo de cuarenta (40) años de prisión y rebajarle el 50%, por el sometimiento a sentencia anticipada, quedándole una pena definitiva de veinte (20) años de prisión. Y es del caso rebajarle ese 50%, por que fue la reducción que le hizo el juzgado en la sentencia y que, en ese aspecto, no sufrió modificación en la sentencia de segunda instancia.

4.3. Se trata de un tema puntual de legalidad de las penas. Y la ilegalidad no se puede mantener, menos cuando afecta de manera frontal el derecho fundamental de la libertad. La misma, por corolario, debe removerse. Ilegalidad que surge de la violación flagrante del principio de legalidad de las penas, por desconocimiento del principio constitucional de favorabilidad.

4.4. La modificación debe hacer tanto en las penas principales como accesorias.

4.5. Estos son nuevos argumentos que, con todo respecto solicito al señor juez analizarlos y tenerlos en cuenta. No se trata de hacer una redosificación de las sanciones sino de ajustarlas el principio de legalidad". (Hasta aquí lo transcrito).

b. Como ya se sabe, los despachos accionados, negaron ese ajuste de legalidad de la pena. No se pidió una redosificación.

7.2. Además de lo anterior, se advierte que los juzgadores de primera y segunda instancia, cuando dosificaron las penas contra mi patrocinado, violaron de manera grosera las reglas previstas cuando se trata de concurso de delitos, pues partieron de 300 meses (uno de los delitos más grave), pero por el concurso aumentaron 420 meses, cuando, como le exige el artículo 31 del C. Penal, respetando el "**hasta otro tanto**", no podían pasar de 300 meses (en cuanto al aumento por el concurso). Si hubieran respetado esa regla legal, la pena máxima no podía pasar de 600 meses, es decir, 50 años. Pero como violaron ese límite punitivo, les arrojó un resultado de 60 años; cifra, que igualmente, vulneró el tope de la pena máxima en Colombia, para la época de los hechos juzgados.

7.3. Es claro que los funcionarios accionados, en sus providencias, se negaron a corregir tamaños errores, incurriendo en el efecto demandado. Nunca se les solicitó que hicieran una nueva dosificación de la pena, sino que ajustaran la sanción a la legalidad.

7.4. El Juzgado 17 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de Bogotá, demandado, manifestó que el suscrito abogado había solicitado **“la redosificación de la sanción penal, conforme a un nuevo estudio de las normas que rigen la dosificación punitiva”**, asertos que no son ciertos, puesto que, por un lado, lo que se deprecó fue el ajuste de legalidad de la pena, lo cual es bien distinto, y por otra parte, la indicación de las normas penales que regían el caso, fue para demostrar que se había vulnerado abiertamente la legalidad de las penas. No se trató de una nueva interpretación de las normas, como erradamente lo dice el juzgado, sino de la indicación explícita de que se había avasallado la legalidad de las penas. Nunca se solicitó una nueva tasación de la sanción, sino algo totalmente objetivo, como era – y es – colocar la misma, en los topes fijados por la ley para de ahí hacerle la rebaja que respectiva.

También dijo el Juzgado accionado, que la sentencia proferida contra mi representado, *“tiene un carácter de cosa juzgada, el que indica que las sentencias ejecutoriadas son material y jurídicamente inmodificables”*, de manera que el Despacho no se podía constituirse *“en una instancia de revisión a las decisiones que profieran los diferentes operadores judiciales”*. La cosa juzgada constituye una garantía ciudadana que proscribire juzgar dos veces a una persona por los mismos hechos, pero no puede constituirse es una barrera infranqueable para mantener graves errores que afrentan la legalidad. La Corte Constitucional, al respecto ha dicho:

“Consideraciones generales sobre los principios de non bis in idem y de la cosa juzgada (C.P., artículo 29)

4. Aún cuando usualmente se habla de los principios de la cosa juzgada y de *non bis in idem* como dos conceptos diferenciados, es menester precisar que éstos se encuentran íntimamente relacionados. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sentado la siguiente doctrina:

"Para esta Corporación, por el contrario, estas dos nociones se implican mutuamente, son inconcebibles por separado. Non bis in idem, es una expresión latina que significa 'no dos veces sobre lo mismo'; ésta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras, quiere decir que no debe resolverse dos veces el mismo asunto. En sentido similar ha sido acuñado el término 'cosa juzgada'. (...)

Pensar en la noción de 'cosa juzgada' sin hacerlo a la vez en el non bis in idem, es prácticamente un sin sentido; por lo tanto, cuando el artículo 29 de la Constitución prohíbe al Estado juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, está haciendo referencia a ambas.

Teniendo presente lo anterior, carece de sentido lógico afirmar que uno de los principios citados se aplica en materia penal y el otro en civil, pues como ya se dijo, no se trata de dos principios diferentes. Es probable que en cada una de las dos áreas del derecho se concrete de manera diferente, al igual que en laboral o administrativo; pero sin lugar a dudas se trata del mismo principio de derecho."⁸

*Conforme a lo anterior, es posible afirmar que el principio de non bis in idem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del *ius puniendi*, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas.⁹ Ciertamente, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial,¹⁰ equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de "someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta",¹¹ que se erige en el impedimento*

⁸ ST-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz). La inescindible relación entre los principios de cosa juzgada y de *non bis in idem* también se encuentra planteada en las SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

⁹ En la SC-214/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell) la Corte afirmó: "Como se deduce del aparte final del inciso 4 del referido artículo 29, el principio [de *non bis in idem*] es de corte rigurosamente penal porque la norma lo enuncia cuando establece los derechos del sindicado. No obstante la prohibición también tiene aplicación y debe observarse por la administración cuando quiera que se coloque en trance de sancionar a sus servidores o a los particulares."

¹⁰ SC-096/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez).

¹¹ ST-575/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). Véanse, también, las SC-479/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero); ST-520/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); SC-214/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-264/95 (MP. Fabio Morón Díaz); ST-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in idem.

En relación con las características generales de estos principios constitucionales, la Corte ha manifestado, en primer lugar, que constituyen una emanación de los valores de justicia material y de seguridad jurídica.¹² Como quiera que el significado primigenio de los principios de non bis in idem y de cosa juzgada consiste en impedir que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior, esta Corporación ha considerado que la relación que debe existir entre los hechos, el objeto y la causa de esos dos procesos debe ser de identidad. En efecto, la jurisprudencia señala que debe tratarse de motivos idénticos,¹³ de juicios idénticos,¹⁴ del mismo hecho,¹⁵ del mismo asunto¹⁶ o de identidad de objeto y causa.¹⁷ Así, por ejemplo, la Corte ha estimado que no se violan los principios constitucionales en comento cuando una misma conducta es juzgada por dos jurisdicciones diferentes con base en normas de categoría, contenido y alcance distintos.”¹⁸

Entonces, es absolutamente claro que al realizar el ajuste de legalidad de la pena, no se vulnera la cosa juzgada, puesto que no se están juzgando de nuevo los hechos que fueron materia de procesamiento, pues estos quedaron debidamente establecidos en las sentencias y seguirán inmodificables. Tampoco se está revocando la sentencia o anulando sus efectos, ni mucho menos realizando una nueva “redosificación” punitiva, sino haciendo un

¹² SC-479/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero); ST-520/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-575/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹³ SC-479/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero).

¹⁴ SC-244/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁵ ST-520/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-575/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-214/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-319/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); ST-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁶ ST-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁷ SC-096/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez).

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-162, abril 30 de 1998; M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ajuste de legalidad en pro de los valores de justicia material y respecto de la dignidad humana.

Precisamente la sentencia de la Corte Constitucional, que cita el Juzgado, en su auto, nos da la razón, en cuanto que la cosa juzgada se predica de los hechos y no de los errores cometidos en la imposición de la sanción. No es posible que en un Estado social de derecho, respetuoso de la dignidad humana, antropocéntrico por excelencia, con unos fines esenciales explícitos, como la efectividad de los principios y valores, la vigencia de un orden justo y la convivencia pacífica, se sostenga un grave error judicial, que implica mantener a una persona privada de la libertad muchos más años de los que la Ley establece, con el argumento de que no se puede desconocer la cosa juzgada, lo cual no es cierto, mucho más, cuando por mandato constitucional, (art. 2º, inciso 2º) las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias *“y demás derechos y libertades...”*.

Por consecuencia, esos argumentos que sirvieron de estribo al juzgado para negar lo solicitado, violan los derechos fundamentales del debido proceso, la libertad, la dignidad humana y de la igualdad. Incluso, citó la decisión de segunda instancia de la Sala de Casación Penal, de 2 de agosto de 2012, radicado 39431, que se refiere a la cosa juzgada, más la misma no proscribía el ajuste de la pena a la legalidad. Claramente se refiere a la inmutabilidad de una sentencia, lo cual sólo puede ser removido mediante la acción de revisión. Es obvio, que una sentencia materialmente ejecutoriada no puede ser removida, salvo a través del mecanismo legal de la acción de revisión, pero por las causales expresamente previstas, que no se refieren a errores en la fijación de la pena, puesto que los mismos pueden ser corregidos por los jueces ordinarios competentes.

7.5. La decisión de segunda instancia, que confirmó el auto anterior, prácticamente dijo lo mismo, agregando que la competencia de los

Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, es limitada, reducida a la redosificación de la pena cuando se presentan factores de favorabilidad. También incurrió en el error grave de sostener que se había solicitado una “redosificación” de la pena, cuando eso no es cierto. Agregó que “reparo” debió plantearse en sede del recurso ordinario de apelación o extraordinario de casación, sin tener en cuenta que, en efecto, el defensor de entonces hizo uso de la apelación, pero lamentablemente no hizo reproche con respecto a la ilegalidad de la pena, pero la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior, debió corregir oficiosamente el error, pero no lo hizo y ello no es culpa del sentenciado, pues no es abogado y confió en los buenos oficios de su defensor. Y nunca se presentó demanda de casación, seguramente porque no contaban con los recursos para ello, o porque no hubo una asesoría al respecto. Lo cierto es que, para resolver el problema que crearon los jueces de instancia en las sentencias, no es posible seguir argumentando que se “debió” hacer uso de recurso, pero que “no se hizo”, porque la realidad es que el error existe y debe corregirse, pues para eso está la “*administración de justicia*”.

Agregó la Sala de Decisión Penal, que existe la acción de revisión, siendo la única forma de “*revaluar la sentencia ejecutoriada conforme a la configuración de causales taxativas contempladas en la ley*”. Tremendo error, primero, porque no se ha solicitado “revaluar” la sentencia, sino ajustar la pena a la legalidad y segundo, porque, como el mismo Tribunal Superior, lo anota, las causales de revisión son taxativas y ni dentro de las contempladas en la Ley 600 de 2000, ni dentro de las causales previstas en la Ley 906 de 2004, existe una que contenga la reclamación que se está haciendo. Entonces, **¿significa que debe mantenerse el error porque no hay mecanismo jurídico para solucionarlo? .**

Ningún error judicial puede quedar sin solución. La Constitución Colombiana y la ley, contienen mecanismos para solucionar los conflictos que se presenten. Si no existe ley concreta, debe acudirse

a la equidad, los principios generales del derecho, la doctrina y/o la jurisprudencia, tal como lo dispone el artículo 230 de la Constitución Nacional. Igualmente existe el principio de integración, que es norma rectora en los códigos de Procedimiento. Obsérvese como el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el D.E.2282 de 1989, artículo 1º , numeral 140 y el artículo 286 del Código General del Proceso, contiene la corrección de errores aritméticos y otros, a los cuales se puede acudir aplicando el principio de integración. En ambas disposiciones se dice que el juez que dictó la sentencia la puede corregir **“en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto”**. En este caso el error puede corregirlo no el juez que dictó la sentencia sino el juez de ejecución de penas, porque es el encargado de ejecutarla legalmente. Mírese como esa corrección que consagra los códigos procesales civiles, se hace estando ejecutoriada la sentencia, lo cual no implica remover la cosa juzgada. Se trata de que haya justicia material. Y precisamente el artículo 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 0270 de marzo de 1996), con total claridad dice:

“ADMINISTRACION DE JUSTICIA: la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado, encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivo los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional”

Y en la sentencia C-037 de 1996, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la ley referida, como control automático anterior, dijo lo siguiente:

“Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, una mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la

ley en beneficio de quienes, con razón justificada, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228/ del estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la república, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que esta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos”.

Si ellos es así, y corresponde a principios superiores de la administración de justicia, **¿Cómo es posible que no se solucione el error**, plasmando consideraciones eminentemente formalistas, dejando de lado lo sustancial?. Como se vio la ley tiene mecanismos para solucionar los problemas que se presenten, pues en un Estado constitucional no puede haber espacios jurídicos vacíos.

7.6. Así las cosas, los funcionarios accionados incurrieron en un defecto material sustantivo, pues las decisiones judiciales vulneran directamente el debido proceso, la libertad, la dignidad humana y la igualdad. La Corte Constitucional, ha definido el **defecto sustantivo**, *“como el error que tiene una providencia judicial en el proceso de interpretación o aplicación de las normas jurídicas por parte de un juez natural”*¹⁹. Agrega la Corte, que la *“irregularidad debe ser de trascendencia para la providencia, al punto de que signifique que el fallo emitido obstaculiza o lesiona la efectividad de los derechos fundamentales del accionante”*.²⁰ Precisa que se trata de proteger a la persona que acude a la administración de justicia.²¹

¹⁹ Sentencia SU-397 de 2019, reiterada en la sentencia T-082 de 2023, de la Corte Constitucional

²⁰ Sentencias T-717 de 2011, T-261 de 2013 y T-082 de 2023

²¹ Sentencia T-082 de 2023

En la sentencia T-082 de 2023, la Corte Constitucional, con base en múltiples sentencias suyas, precisó los supuestos en que una decisión judicial incurre en el error ya señalado, entre los cuales indica que se presenta entre otras cosas cuando la decisión es “**manifiestamente irrazonable**”²². Es evidente que los funcionarios accionados incurrieron en ese defecto, al evadir la solución del problema, dejando de aplicar normas constitucionales (artículo 230) principios basilares de la administración de justicia, entre ellos el de integración.

8. PETICIONES

- 8.1. Solicito, a esa Honorable Corporación, tutele los derechos fundamentales que han sido quebrantados con las decisiones de los funcionarios accionados.

- 8.2. Que, como consecuencia, deje sin efecto los autos de primera y segunda instancia, proferidos por el Juzgado 17 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de Bogotá y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior, del Distrito Judicial, de la misma ciudad, mediante los cuales negaron el reajuste de la pena, equivocando lo solicitado al referirse a una “redosificación de la pena”.

- 8.3. Que, como corolario, ordene al Juzgado 17 Penal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de Bogotá, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de la decisión, adopte las medidas necesarias para decidir en derecho lo solicitado.

²² Sentencias SU-573 de 2017, SU-072 de 2018, SU-632 de 2017, SU-489 de 2016 y SU-448 de 2016, entre otras

9. JURAMENTO.

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que esta acción de tutela es la única que se ha presentado, en razón de las acciones antes denunciadas y para la protección de los derechos fundamentales violados y cuya restauración se solicita.

10. NOTIFICACIONES

10.1. El suscrito recibe notificaciones en la carrera 4ª # 12-41, oficina 814, del Edificio Seguros Bolívar, teléfono 8889267, telefax 8889391, de Santiago de Cali. Correo electrónico diazgarnicaasociados@gmail.com

11. RELACIÓN DE PRUEBAS.

Se glosan las siguientes pruebas documentales:

11.1. Poder otorgado por el señor **DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZALEZ**, para que presente esta acción constitucional.

11.2 Copia de la sentencia condenatoria proferida contra el señor **DIEGO FERNANDO GONZALEZ**, el 16 de febrero de 2016, por el Jugado 5 Penal del Circuito Especializado de la ciudad de Cali.

- 11.3.** Copia de la sentencia de febrero 24 de 2017, Mediante la cual la Sala De Decisión Penal Del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cali confirmó el fallo anterior
- 11.3.** Copia de memorial dirigido al Juzgado 17 Penal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, mediante el cual el suscrito abogado formuló las peticiones.
- 11.4.** Copia del auto interlocutorio de 30 de noviembre de 2022, mediante el cual el Juzgado 17 de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá D.C., negó la pretensión.
- 11.5.** Copia del memorial mediante el cual se interpuso y sustentó el recurso de apelación contra auto anterior.
- 11.6.** Copia del Auto interlocutorio de 10 de mayo de 2023, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, mediante el cual confirmó el Auto Impugnado.

12. COMPETENCIA.

Esa Honorable Corte Suprema de Justicias, Sala de Casación Penal es competente para conocer de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que uno de los accionados es la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C.

Atentamente,



ALVARO DÍAZ GARNICA