



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP11193-2023

Tutela de 1ª instancia No. 131987

Acta No. 162

Bogotá D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés
(2023)

VISTOS

Se resuelve la acción de tutela instaurada por **DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ** por intermedio de apoderado judicial contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad, dignidad humana e igualdad.

Fueron vinculados, como terceros con interés legítimo, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, ambos de Cali, y demás partes e intervinientes en el proceso penal radicación No. 760013107005-2016-00005-00.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ fue vinculado a una investigación penal bajo la égida de la Ley 600 de 2000, por la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado, desaparición forzada, tortura y concierto para delinquir, por:

“(...) hechos acaecidos entre los meses de febrero y julio de 2003, en los que se presentó la desaparición forzada y posterior homicidio de varias personas conociéndose al interior de la investigación que fueron interceptadas, llevadas a la fuerza a un paraje denominado parcelación Hato Chico ubicado en el corregimiento de El Carmen, jurisdicción del municipio de Dagua, (V), donde fueron torturadas, asesinadas y finalmente enterradas en fosas comunes.

(...)

Aunado a lo anterior de conformidad con la labor investigativa, se logró determinar la militancia del aquí procesado en el grupo conocido como las -AUC-, frente de zona Yumbo, Bloque Calima, al cual le correspondió conducir un vehículo donde iban a bordo las víctimas, ello bajo las ordenes (sic) de su comandante alias "Enrique", MANUEL DE JESÚS VASQUEZ SIMANCA, según información aportada por este dentro del trámite de colaboración eficaz¹”.

¹ Hechos jurídicamente relevantes consignados en la sentencia del 16 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali

2. De acuerdo con lo consignado en la sentencia de primera instancia, se estableció que la apertura de la investigación fue decretada por parte de la Fiscalía 155 Seccional de Dagua, el 4 de julio de 2003, autoridad que, posteriormente, decretó la apertura de instrucción y vinculó a la investigación el aquí accionante mediante diligencia de indagatoria del 8 de julio de 2015, “... en la cual reconoció haber pertenecido a las AUC, donde era conocido bajo los alias de “Lupita o Juan David”.

3. Mediante Resolución del 16 de julio de 2015, la Fiscalía Tercera Especializada de Cali, impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra.

4. El 25 de noviembre de 2015, previa solicitud de sentencia anticipada por parte de GARCÍA GONZÁLEZ, se llevó a cabo diligencia de formulación de cargos en la que el procesado aceptó la comisión de los delitos de desaparición forzada, tortura, homicidio agravado y concierto para delinquir agravado.

5. El 16 de febrero de 2016, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali condenó al accionante a las penas principales de 30 años de prisión y multa de 736.97 SMLMV y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, lo anterior, luego de que este aceptara los cargos formulados en su contra. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

6. La defensa presentó recurso de apelación, el que fue resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia del 24 de febrero de 2017, autoridad que confirmó el fallo de primera instancia. Contra

dicha decisión no se interpuso recurso extraordinario de casación.

7. La ejecución y vigilancia de la pena impuesta a GARCÍA GONZÁLEZ fue asumida por el Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

8. El sentenciado, por intermedio de apoderado judicial, presentó ante el juzgado ejecutor solicitud de “*rectificación de la pena impuesta*”, por considerar que aquella fue indebidamente dosificada ya que debió ser condenado a 20 años y no a 30 años de prisión como erróneamente aconteció.

Como sustento de esa pretensión, indicó que los hechos por los que fue condenado sucedieron entre los meses de febrero y julio de 2003, fecha en la que se encontraban vigentes los artículos 31 y 37 del Código Penal en su versión original, en los que se establecía que en “... *ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años*”.

Refirió que dicho mandato fue modificado con la expedición de la Ley 890 de 2004, la cual empezó a regir a partir del 1° de enero de 2005, con la que el legislador modificó, en eventos de concursos delictuales, el máximo permitido de la pena de prisión de 40 a 60 años.

Con base en lo anterior, consideró equivocada la determinación a la que arribó el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial, ambos de Cali, pues aquellas autoridades violaron flagrantemente el principio de favorabilidad, debido a que aplicaron una normatividad que no se encontraba vigente al

momento de ocurrencia de los hechos investigados, por lo que resultó condenado, injustamente, a una pena muy superior.

9. Por auto del 26 de septiembre de 2022, el Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, negó la solicitud presentada por GARCÍA GONZÁLEZ, autoridad que señaló que la facultad atribuida a los jueces de ejecución de penas, para la aplicación del principio de favorabilidad, se limita a aquellos eventos “... *cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal*”.

Refirió que el sentenciado no solicitó que se aplicara una ley posterior, sino que cuestionó la ley que fue aplicada en su caso particular, lo que, en criterio de aquel, conllevó a una interpretación errónea que «*devino en una “violación a la ley sustancial”*».

Con base en ello, sostuvo que el solicitante debió cuestionar las irregularidades mencionadas al interior del proceso penal mediante el uso de los recursos que la ley le otorgaba, omisión que produjo que las decisiones se encuentren debidamente ejecutoriadas.

Manifestó que solo es posible atacar dichas providencias mediante el uso de la acción de revisión, “... *mecanismo extraordinario para remover los efectos de la cosa juzgada y la presunción de legalidad de una decisión jurisdiccional ejecutoriada (...)*”.

10. Frente a dicha decisión, el sentenciado interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala Penal del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante auto del 10 de mayo de 2023, autoridad que confirmó la providencia de primera instancia.

Resaltó que el interés del sentenciado era “... *volver a examinar el procedimiento llevado a cabo por el Juzgado 5° Penal del Circuito Especializado de Cali al momento de dosificar la pena impuesta, pues su queja radica en el hecho de la sumatoria del concurso de delitos la cual, al parecer, habría sobrepasado el límite legal contemplado por la Ley 599 de 2000*”.

Al igual que el juzgado a-quo, señaló que tal cuestionamiento debió plantearse al interior del proceso penal, en ejercicio de los recursos de apelación y casación, “... *ya que se trató de una inconformidad surgida en las leyes preexistentes a los actos acusados y que fueron objeto de consideración por las instancias de conocimiento en atención a lo dispuesto en los artículos 34, 59, 60 y 61*” de la Ley 599 de 2000.

Aseveró que, de atenderse el criterio del sentenciado, ello conllevaría a quebrantar el principio de la cosa juzgada, cuyo efecto es otorgar a la sentencia en firme y ejecutoriada, “... *el carácter de inmutable, vinculante y definitiva*”.

Resaltó que el mecanismo procedente, en el caso bajo examen, era la acción extraordinaria de revisión, única herramienta capaz de “... *reevaluar la sentencia ejecutoriada conforme la configuración de causales taxativas contempladas en la Ley*”.

11. DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ presentó acción de tutela contra la Sala Penal del Tribunal Superior de

Bogotá y el Juzgado 17 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad individual, dignidad humana e igualdad.

Con su ejercicio solicita dejar sin efecto las decisiones proferidas el 10 de mayo de 2023 y 26 de septiembre de 2022, respectivamente, que negaron el “*ajuste de legalidad de la pena*” solicitada y, en su lugar, se ordene al Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas que adopte las medidas necesarias para decidir en derecho lo solicitado.

Señala que la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia contra providencia judicial, pues la misma *i)* tiene relevancia constitucional en razón a que se cuestiona la vulneración de derechos fundamentales, *ii)* no cuenta con otros recursos judiciales diferentes a la acción de tutela para dejar sin efectos las providencias cuestionadas, *iii)* cumple con el requisito de inmediatez, puesto que la decisión de segunda instancia se emitió el 10 de mayo de 2023, *iv)* no se cuestionan sentencias de tutela y, *v)* se hizo una “*identificación de los hechos y derechos y su alegación dentro del proceso*”.

En cuanto a los requisitos específicos de procedibilidad, refiere que las providencias cuestionadas adolecen del defecto sustantivo o material, lo anterior debido a que, ante la omisión al deber de ajustar la legalidad de la pena impuesta, se desconoce el mandato constitucional consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política y, con ello, dejaron en firme una decisión manifiestamente ilegal, que “*no puede seguir surtiendo efectos*”.

Afirma que la pena que le fue impuesta en el trámite penal ordinario adelantado en su contra, viola flagrantemente el principio de la legalidad de la pena y, por ende, las autoridades que negaron su solicitud avalaron dicha vulneración.

Asevera que el argumento utilizado por las autoridades accionadas se fundamentó en la imposibilidad de quebrantar el principio de la cosa juzgada, el cual, según su criterio, *“constituye una garantía ciudadana que proscribe juzgar dos veces a una persona por los mismos hechos, pero no puede constituirse es una berrera (sic) infranqueable para mantener graves errores que afrentan la legalidad”*.

Aduce que, al realizarse el ajuste de legalidad pretendido, no se vulnera el principio de 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”*. Además, refiere que, con dicha decisión, no se estaría revocando la sentencia o anulando sus efectos y mucho menos realizando *“una redosificación”*.

Reconoce 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”*, y, ante la ausencia de causal taxativa que permita hacer la reclamación que presenta, cuestiona si, entonces, las autoridades deben convalidar el error evidenciado por la inexistencia de mecanismo para solucionarlo.

Manifiesta que a pesar de que, en el trámite del proceso penal, se presentó recurso de apelación, lamentablemente no se hizo reproche frente a la ilegalidad de la pena, pero que el Tribunal Superior debió corregir oficiosamente dicho error, omisión que no se le puede endilgar al sentenciado, quien no es abogado y confió en la labor del profesional que lo defendió. Aunado a lo anterior, refiere que no se presentó recurso de casación “... *seguramente porque no contaban con los recursos para ello, o porque no hubo una asesoría al respecto*”.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

Por auto del 13 de julio de 2023, esta Sala avocó conocimiento de la acción y ordenó correr traslado de la misma a las autoridades accionadas y demás vinculadas. Se rindieron los siguientes informes:

1. La Sala Penal del **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, por intermedio del Magistrado Ponente, informa que, mediante auto del 10 de mayo de 2023, esa autoridad confirmó la decisión tomada por el Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que negó la “*redosificación de la pena*”.

Señala que la decisión se “... *fundamentó en que la adecuación de la pena solicitada lo era con base en leyes preexistentes al hecho y que fueron consideradas por los jueces de conocimiento, por lo que en ejecución de pena no podía realizarse el estudio sin desconocer el principio de cosa juzgada*”.

Indica que en dicho análisis no se incurrió en defecto procedimental alguno, pues en la decisión cuestionada se le explicó al penado las razones por las que no era procedente la re-dosificación pretendida.

2. El **Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá** señala que recibió solicitud de “*rectificación de la pena*” por parte del apoderado del accionante, quien consideró que las autoridades que lo condenaron dentro del proceso con rad. 760013107005-2016-00005-00, realizaron una incorrecta dosificación de la pena a imponer, petición que fue negada por esa autoridad mediante auto del 26 de septiembre de 2022.

Citó apartes de la determinación a la que arribó, para señalar que en el caso bajo examen había operado el fenómeno de la cosa juzgada y, “... *Si el sentenciado recurrente consideró en su momento irregularidades frente a la tasación de la pena, antes de que aquella hubiese quedado ejecutoriada debió hacer uso de los recursos que la ley le otorgaba para su contradicción; pretender entonces que la sentencia ejecutoriada se modifique sin que exista favorabilidad alguna en razón a la existencia de una nueva legislación, sería violentar la misma decisión judicial de manera arbitraria creando inseguridad jurídica en tanto el debate pesaría de manera permanente sobre la decisión jurisdiccional*”.

Por lo anterior, considera que no vulneró derecho fundamental alguno del accionante y solicita se declare la improcedencia de la acción de amparo instaurada en su contra, por existir otro mecanismo de defensa judicial como lo es la acción extraordinaria de revisión.

3. La **Sala Penal del Tribunal Superior de Cali** informa que le fue asignada la apelación interpuesta por la defensa de DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ contra la sentencia anticipada del 16 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, que lo condenó por los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir, tortura y desaparición forzada, por hechos ocurridos en vigencia de la Ley 600 de 2000.

4. El **Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali** remitió el enlace de acceso al expediente rad. 760013107005-2016-00005-00 seguido contra DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ.

5. El **Fiscal 7 Especializado con funciones de coordinación de Cali** estableció que la Fiscalía 3 Especializada adelantó investigación contra DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ bajo el número 829266 y que, posteriormente, el asunto se remitió, por competencia, ante los jueces penales del circuito especializado de Cali.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De conformidad con lo señalado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo establecido en el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, esta Sala es competente para resolver en primera instancia la presente

acción de tutela, por cuanto involucra a las Salas Penales de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial de Bogotá y Cali.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si, *i)* los autos proferidos el 10 de mayo de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la del 26 de septiembre de 2022 por el Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, estructuran un defecto sustantivo o material y, *ii)* el cuestionamiento realizado respecto de la pena impuesta a DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ dentro del rad. 76001-31-007-005-2016-00005-00 amerita la intervención del juez constitucional.

Análisis del caso

1. La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o los particulares (artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991).

2. Cuando esta acción se dirige contra providencias judiciales es necesario, para su procedencia, que se cumplan los presupuestos generales fijados en la SU-215 de 2022, es decir, que *i)* se acredite la legitimación en la causa, *ii)* la providencia cuestionada no sea un fallo de tutela -excepto que se acredite que el mismo es producto de una situación de fraude-², “*ni una decisión proferida con ocasión del control abstracto de*

² La única excepción a esta regla tiene que ver con la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta y el principio del fraude todo lo corrompe. Al respecto ver, entre otras, las Sentencias: T-218 de 2012 y T-373 de 2014 M.P.

*constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, como tampoco la que resuelva el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado*³”, iii) cumpla las exigencias de subsidiariedad e inmediatez, iv) identifique con claridad los hechos y los derechos vulnerados o amenazados y la discusión haya sido planteada dentro del proceso judicial.

Además, se debe demostrar que la decisión o actuación cuestionada incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución (SU-215/2022, C-590/05 y T-332/06).

3. Como se anticipó el reproche, inicialmente, se dirige contra las decisiones del 10 de mayo de 2023 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la del 26 de septiembre de 2022 por el Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, mediante las cuales se negó la solicitud de *“ajuste de legalidad de la pena”* impuesta a DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ en el proceso penal con rad. 760013107005-2016-00005-00.

3.1. Evidenciado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, basta con referenciar que el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal establece los asuntos que conocen los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. En el numeral 7° de dicha disposición se indica que conocen *“... De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley*

³ Ver: Sentencia SU-074 de 2022.

posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal”.

3.2. Destáquese que la Sala de Casación Penal en las providencias con radicados 39.431 del 22 de agosto de 2012 y 40.542 del 13 de febrero de 2013, ha precisado:

“(…) no puede perderse de vista que la competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad recae, por antonomasia, respecto de asuntos en los que se ha proferido una sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada y que, por lo mismo, ha hecho tránsito a cosa juzgada, lo cual es apenas obvio, pues a éstos les corresponde conocer de todo aquello que directa e inescindiblemente esté vinculado a la ejecución de la condena impuesta por el correspondiente juez de conocimiento, sin que ninguna de las atribuciones conferidas en el artículo 38 de la Ley 906 de 2004⁴, les permita adentrarse sobre los fundamentos que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad y a la imposición de las penas correspondientes.

De ahí que la competencia de esta clase de funcionarios judiciales para redosificar una pena en aplicación del principio de favorabilidad, **se circunscribe únicamente a los eventos en que “debido a una ley posterior hubiere lugar a la reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal”, pues se trata de circunstancias no sólo posteriores al proferimiento de la sentencia, sino ajenas a la aplicación e interpretación judicial de la ley.**

Con esta misma orientación, cuando el efecto favorable al condenado no emana directamente de una ley, sino de una interpretación posterior respecto de la aplicada al asunto concreto, no es por vía del ejercicio del derecho de postulación ante el juez de penas que tal pretensión procede, en tanto que, como se dijo, ello implica remover los efectos de la cosa juzgada, lo cual sólo es posible mediante el ejercicio de la acción de revisión y a través de la causal que específicamente recoge ese particular supuesto de hecho”.

3.3. En ese orden, no había lugar a que las demandadas accedieran a lo solicitado por el accionante, por no ser una atribución propia de estos funcionarios judiciales, pues, ciertamente, como lo consideraron en sus providencias, no tienen competencia para modificar los fallos condenatorios en razón a

⁴ Como igual ocurre con las contenidas en el artículo 79 de la Ley 600 de 2000.

que lo pretendido por el interesado es que se revise la corrección de la pena impuesta en la sentencia, sin existir algún cambio normativo que conlleve a la aplicación del principio de favorabilidad.

En las anotadas condiciones, no se avizora la configuración del defecto alegado por la parte actora, como quiera que las decisiones cuestionadas se basaron en la normatividad y jurisprudencia que regulan los asuntos que son competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, a quienes no se les ha conferido facultad alguna para entrometerse libremente en el análisis efectuado por el juez de instancia, y con ello, destruir el principio de la cosa juzgada.

4. Ahora bien, el motivo principal de la interposición de la acción de tutela es que el Juzgado Quinto Penal Especializado de Cali y la Sala Penal del Tribunal Superior de dicha ciudad, hayan dado aplicación a la Ley 890 de 2004, cuando los hechos por los cuales fue condenado el accionante ocurrieron en el año 2003, lo que, según se alega, conllevó a la imposición de una pena superior al máximo legalmente permitido.

4. Sobre dicha pretensión, en estricto rigor, habría de concluirse que los presupuestos generales de inmediatez y subsidiariedad no concurren, el primero, porque la petición de amparo se dirigiría contra una providencia que quedó ejecutoriada hace más de seis años, y el segundo, porque en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia se guardó silencio frente a la irregularidad que se pone de presente mediante este mecanismo de amparo y, respecto de la sentencia de segunda instancia, no se interpuso recurso de casación.

5. Sin embargo, atendiendo a las particularidades del caso y los derechos en juego, la Sala flexibilizará las limitaciones que en principio envuelven estos postulados para analizar el caso concreto, teniendo en cuenta que i) la sentencia censurada se encuentra ejecutoriada, ii) las sanciones impuestas se están cumpliendo en la actualidad y iii) el reproche formulado no se encuentra dentro de las causales previstas en el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del acción de revisión.

6. De la configuración de un defecto sustantivo en el caso concreto.

6.1. El defecto sustantivo o material se estructura cuando, (i) la decisión cuestionada se funda en una norma inaplicable al caso concreto, ya sea porque no lo regula, no se encuentra vigente, o ha sido declarada inconstitucional, (ii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, (iii) se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso, que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática o, (iv) la norma pertinente es inobservada y, en consecuencia, inaplicada.

6.2. Al verificar la sentencia censurada se advierte que, al realizar la dosificación de la sanción penal, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado fijó pena de 300 meses de prisión por el delito de homicidio agravado y señaló que era la conducta de mayor gravedad.

Posteriormente, al aplicar las reglas del concurso previstas en el artículo 31 del Código Penal, procedió a realizar los incrementos para cada delito concursal, así:

*“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 tomará 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 meses por los otros siete homicidios, estos es (sic), 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, y en cinco (5) meses por el delito de concierto para delinquir agravado, **quedando en definitiva una pena de setecientos veinte (720) meses de prisión**”.*

Teniendo en cuenta que el procesado se acogió a sentencia anticipada, el juzgado de primera instancia aplicó, por favorabilidad, lo dispuesto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 -criterio que para ese momento se encontraba vigente⁵-, lo que le permitió reconocer un descuento del 50% de la pena a imponer, por lo que finalmente condenó a GARCÍA GONZÁLEZ a una pena de 360 meses de prisión.

6.3. En este punto, es importante precisar, que los hechos por los cuales fue vinculado GARCÍA GONZÁLEZ, de acuerdo con lo probado por el juez de instancia, ocurrieron entre los meses de febrero y julio de 2003.

Para ese momento, el artículo 31 del Código Penal disponía lo siguiente:

“Artículo 31. Concurso de conductas punibles. El que con una sola 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

⁵ “En el fallo de casación identificado como CSJ SP14496-2017, 27 sep. 2017, rad. 39831, la Sala Penal de la Corte cambió su jurisprudencia, pues recogió la tesis que le atribuyó naturaleza y efectos diversos al allanamiento a cargos y a los preacuerdos en la Ley 906 de 2004”. SP436-2018, 28 feb, 2018.

naturaleza, **umentada 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". Negrita fuera del texto

6.4. En ese orden, se advierte claramente que el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Buga al imponer una pena de 720 meses -60 años-, en razón del concurso de conductas punibles, incurrió en un defecto sustantivo en atención a que aplicó, retroactivamente, una normatividad que resultaba desfavorable -Ley 890 de 2004-.

Se insiste, entonces, que los hechos por los que se condenó el accionante tuvieron ocurrencia en el año 2003 y el Juzgado Quinto Penal Especializado de Cali, en claro desconocimiento principio de legalidad -irretroactividad de la Ley-, no tomó en cuenta el texto original del artículo 31 del Código Penal -pena máxima de prisión de 40 años- y aplicó la modificación dispuesta en el canon 1º de la Ley 890 de 2004 que amplió el tope de la sanción privativa de la libertad a 60 años.

Acerca de la vigencia de la Ley 890 de 2004, en Auto AP5227 del 3 de septiembre de 2014 con rad. 44195, esta Corporación expuso que la Ley 890 de 2004:

"(...) se encuentra rigiendo en todo el territorio nacional desde el 1º de enero de 2005, por no estar su incorporación a la legislación colombiana sujeta a la implementación gradual del sistema penal acusatorio.

Aunque la Ley 890 se publicó en el diario oficial el 7 de julio de 2004, el artículo 15 dispuso que regiría a partir del 1º de enero de 2005, «con excepción de los artículos 7º a 13», que entraron en vigencia en forma inmediata".

En ese orden, se advierte claramente que el Juzgado Quinto Penal Especializado de Cali, incurrió en un defecto sustantivo en razón a que aplicó una disposición normativa que i) resultaba desfavorable para los intereses del accionante y ii) comenzó a tener efectos con posterioridad a la materialización de los hechos por los cuales fue condenado GARCÍA GONZÁLEZ.

La Corte Constitucional, en sentencia T-019 de 2017, precisó que el principio de favorabilidad, en materia penal, debe entenderse de la siguiente manera:

“En el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto debe la Corte señalar que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales”.

En las anotadas condiciones, el defecto se configura, por cuanto el juzgador al tasar la pena fijó una pena de 60 años de prisión, lo que superaba, ampliamente, la sanción máxima permitida para el momento de consumación de las conductas punibles -40 años de prisión-.

7. Además, la Sala evidencia que, al aplicar las reglas del concurso previstas en los artículos 31 del Código Penal, fijó una pena de 300 meses para el delito que consideró más grave - homicidio agravado- y decidió i) aumentar la pena de prisión en 420 meses de prisión, para un total de 720 meses y, (ii) reconocer

un descuento del 50% sobre las distintas sanciones, en aplicación de lo previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, por el acogimiento a sentencia anticipada, por lo que la pena de prisión quedó en 360 meses.

En ese orden, se advierte claramente que el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Buga también incurrió en un defecto sustantivo en razón a que al artículo 31 del Código Penal le dio efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

El juzgador, además, inaplicó los parámetros jurisprudenciales fijados por la Sala de Casación Penal sobre el incremento **“hasta en otro tanto”** de que trata el artículo 31 del C.P., puesto que la adición punitiva por el concurso superó el duplo de la pena básica individualizada, en el caso concreto, para el delito de homicidio agravado, determinado como el más grave.

Las anteriores situaciones, tuvieron repercusiones graves frente a la garantía del debido proceso y la libertad del accionante, quien se vio expuesto a una sanción muy superior a la legalmente permitida para el caso en concreto, lo cual no fue advertido ni por el defensor del sentenciado ni por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali al momento de presentar y resolver el recurso de apelación, respectivamente.

Por tanto, se tutelaré el derecho fundamental al debido proceso de **DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ**.

En consecuencia, se ordenará al Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Cali que, en el término de diez (10) días

siguientes a la notificación de este fallo, i) deje sin efectos la pena de prisión impuesta a **DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ**, y ii) profiera una providencia adicional en la que proceda a la dosificación de esa sanción principal con observancia de los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos en esta decisión frente a la tasación de la pena en el caso de concurso de conductas punibles.

No sobra aclarar que esta decisión no afecta la ejecutoria de la sentencia, pues, como lo ha sostenido esta Corporación, en casos como el que nos ocupa, *“se trata de corregir únicamente una vía de hecho, sin repercusiones respecto a la certeza y legalidad de lo juzgado, que se mantiene incólume, tal como quedó sentado en los fallos CSJ STP7095 – 2015, CSJ STP7459 – 2014; y CSJ STP, 1º de abril de 2014, Rad. 72514.”*⁶

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **Negar** el amparo en relación con la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Diecisiete de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad.

2. **Conceder** el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso de **DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ**, vulnerado por parte del Juzgado Quinto Penal

⁶ STP577-2017, del 24 de enero de 2017.

Especializado de Cali, por las razones anotadas en precedencia.

3. Ordenar al Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Cali que, en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo, i) deje sin efectos la pena de prisión impuesta a **DIEGO FERNANDO GARCÍA GONZÁLEZ**, y ii) profiera una providencia adicional en la que proceda a la dosificación de esa sanción principal con observancia de los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos en esta decisión frente a la tasación de la pena en el caso de concurso de conductas punibles.

La anterior orden de amparo no remueve la ejecutoria de la sentencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

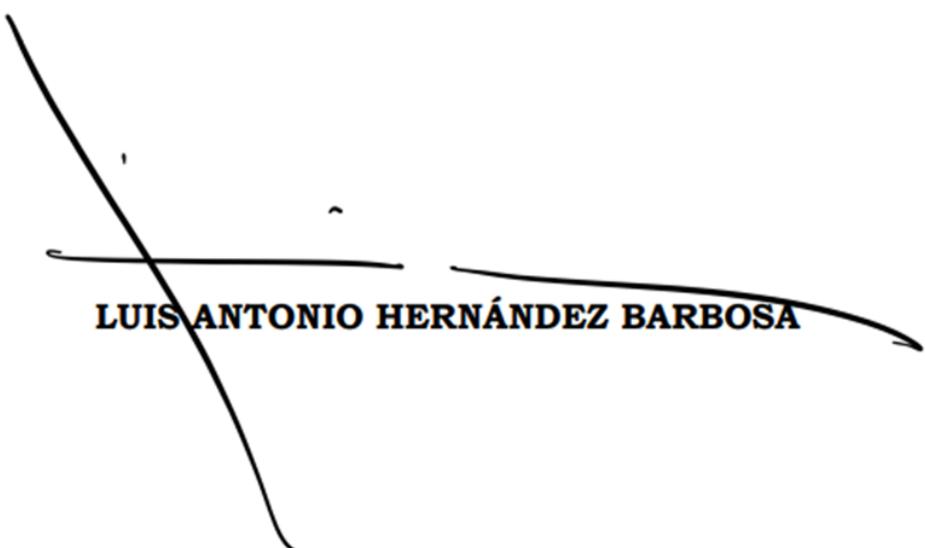
5. NOTIFICAR este proveído, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

6. De no ser impugnada esta sentencia, **ENVÍESE** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase



FABIO OSPITIA GARZÓN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal @ 2023