

**Comentario a la sentencia del 17 de abril de 2018 [11001-22-04000-2017 -00107 00 (AR-001/17)] del Tribunal Superior de Bogotá. Acción de revisión adelantada por EAFIT y UNIANDES a propósito del indebido incremento punitivo de la Ley 890/04 en casos de aceptación de cargos para delitos contra la vida de menores de edad.**

*Considerations on the sentence of 17 April, 2018, by Bogotá Superior Court (11001-22-04000-2017 -00107 00 (AR-001/17)). Action for review file by EAFIT and UNIANDES universities with regard to the improper punitive increase of Law 890, 2004, in cases of acceptance of charges for crimes against minors*

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ<sup>1</sup>

El 22 de julio de 2013 D.I.S.<sup>2</sup> fue condenada a una pena de **450 meses de prisión** como autora responsable del delito de homicidio agravado (artículo 104-7 del Código Penal) con circunstancia de mayor punibilidad (artículo 58-7 del Código Penal). La situación fáctica descrita por el Juzgado 29 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá se circunscribe a la muerte de M.Y.C.S. (de un año de edad) el día 22 de agosto de 2011<sup>3</sup>. En el transcurso del juicio oral, D.I.S. aceptó los cargos.

---

1 Docente investigador de la Universidad Libre (Bogotá). Asesor docente del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Contacto: [noherji@gmail.com](mailto:noherji@gmail.com)

2 Se hace reserva del nombre con miras a proteger la intimidad de la sentenciada. Igual acontece con los demás nombres relacionados en la sentencia.

3 De conformidad con el escrito de acusación, el menor presentaba trauma craneoencefálico, hematoma

El 20 de enero de 2017, D.I.S. a través de apoderado (Francisco Javier Tamayo Patiño - docente adscrito al Consultorio Jurídico de la Universidad EAFIT) radica demanda de revisión con fundamento en la causal séptima del artículo 192 de la Ley 906 de 2004. La demanda fue admitida el 27 de enero de 2017 y el 29 de marzo de 2017 se abre el período probatorio, llevándose a cabo la audiencia de alegatos el 12 de septiembre de 2017. Para esta última actuación se sustituyó el poder a favor de quien hoy escribe este comentario (actuando para ese entonces en calidad de director (E) del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes y Asesor del Grupo de Prisiones de la misma Universidad), quien además se notificó del fallo el pasado 20 de abril de 2018, mismo que declaró fundada la causal de revisión y redujo sustancialmente la pena.

Los fundamentos de la acción de revisión *sub examine* pueden dividirse en tres puntos principales: (i) generalidades de la causal invocada; (ii) análisis de la Ley 890 de 2004 y la procedencia del incremento punitivo contenido en su artículo 14 y (iii) el análisis del caso concreto.

### **Generalidades de la causal invocada**

La causal invocada fue la contenida en el numeral séptimo del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal que hace procedente la acción cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte Suprema de Justicia ha cambiado el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, frente a la punibilidad.

La aplicación de esta causal exige el cumplimiento de los siguientes presupuestos sustanciales<sup>4</sup>:

- (i) que la acción se dirija contra una sentencia condenatoria ejecutoriada
- (ii) que el fallo sea proferido por un juez o Corporación Judicial
- (iii) que la Sala Penal de la Corte, en decisión posterior, haya variado la concepción normativa aplicada en el fallo cuya revisión se pide, y
- (iv) que el nuevo criterio jurídico expresado por la Sala sea favorable, en cuanto de mantenerse el anterior comportaría una clara situación de injusticia

De antaño la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que la causal invocada solo encuentra justificación en sus pronunciamientos *"porque cuando el precepto remite a un pronunciamiento judicial que 'haya cambiado favorablemente el criterio*

---

perí orbital izquierdo y laceración en hemitorác derecho. En la necropsia se determina que se trata de *"una muerte violenta por trauma craneo encefálico severo que no es compatible con caída de una cama de altura usual"*.

4 Cfr. Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencias del 2 de febrero de 2017, Radicado 47143 (SP2345-2017) y del 24 de julio de 2017, Radicado 49052 (SP10906-2017).

*jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria', solo se puede referir a los que emite la Corte Suprema de Justicia, pues es a ella a la que le concierne dentro de la jurisdicción ordinaria esa labor unificadora a la que se ha aludido en precedencia."*<sup>5</sup>

Los elementos que cuestionan la decisión que se revisó se encuentran recaudados con base en la orden proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá tendiente a obtener las copias del expediente en el que se encuentra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá el 22 de julio de 2013, por el delito de homicidio agravado, en contra de D.I.S. y además de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que constituyen el precedente que se invocó en beneficio de aquella.

## **Análisis de la Ley 890 de 2004 y la procedencia del incremento punitivo contenido en su artículo 14**

La presente acción giró en torno a la aplicación del incremento punitivo establecido por la Ley 890 de 2004. Esta normatividad<sup>6</sup> fue incorporada al ordenamiento jurídico con la intención de armonizar el Código Penal con el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal incorporado a través de la Ley 906 de 2004. Así se indicó en la exposición de motivos de la citada Ley 890:

*El artículo cuarto transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 facultó a la Comisión Constitucional Redactora para expedir, modificar o adicionar el Código Penal en aquello relacionado con el nuevo sistema» (Gaceta del Congreso 345, julio 23 de 2003, pag. 11).*

En cuanto al punto específico del aumento en el monto de las sanciones, se indicó que el mismo correspondía a la inserción de mecanismos como los preacuerdos y negociaciones, propios de los sistemas acusatorios o de corte acusatorio, así:

*Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modifican las penas...<sup>7</sup>*

---

5 Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 2 diciembre de 1996, Radicado 12314.

6 Se sigue lo argumentado en Hernández, Norberto (2018). *El derecho penal de la Cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad EAFIT, pp. 256-257.

7 Gaceta 345 (23-07-03)

Y en la ponencia para primer debate en Senado, se dijo: *“La razón que sustenta tales incrementos (de las penas establecidas en la Ley 599 de 2000, se aclara) está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas, materia regulada en el Código de Procedimiento Penal, que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan”*<sup>8</sup>.

En el informe de ponencia para primer debate en Cámara se reiteró: *“El primer grupo de normas (aquellas relativas a la dosificación de la pena, se aclara), está ligado a las disposiciones del estatuto procesal penal (Ley 906 de 2004, se precisa) de rebaja de penas y colaboración con la justicia, que le permitan un adecuado margen de maniobra a la Fiscalía, de modo que las sanciones que finalmente se impongan guarden proporción con la gravedad de los hechos, y a la articulación de las normas sustantivas con la nueva estructura del proceso penal”*<sup>9</sup>.

Y en el informe de ponencia para segundo debate en Cámara quedó anotado que: *“Teniendo en cuenta que se hace necesario ajustar las disposiciones del Código Penal a los requerimientos que implica la adopción y puesta en marcha del sistema acusatorio, solicitamos a la Plenaria de la Cámara de Representantes dar segundo debate al proyecto de ley número 251 de 2004 Cámara, 01 de 2003 Senado”*<sup>10</sup>.

Finalmente, en la discusión que se dio en el segundo debate en Cámara se dijo: *“Lo que hay que modificar son algunos artículos del Código, en razón a que como entra a operar el sistema acusatorio será necesario aumentar algunas penas para que haya margen de negociación, porque de lo contrario la sociedad se vería burlada con base en las rebajas que pueda hacer el fiscal”*<sup>11</sup>.

Como se observa, fueron razones de política criminal las que llevaron a que el legislador estableciera un aumento de penas para todas las conductas delictivas, con el fin de evitar que por razón de las reducciones punitivas como consecuencia de la implementación de instrumentos de colaboración con la justicia, los infractores se hicieran merecedores a sanciones muy bajas que a juicio del constituyente derivado, no se compadecían con la ofensa a los bienes jurídicos que tutelan los tipos penales.

---

8 Gaceta 642 (02-12-03)

9 Gaceta 178 (07-05-04)

10 Gaceta 217 (21-05-04)

11 *Ibidem*

Ahora bien, este aumento sólo tiene sentido en la medida en que en efecto se trate de delitos en los que se puedan conceder reducciones punitivas como consecuencia de la implementación de instrumentos como los preacuerdos, las negociaciones y los allanamientos a cargos y no de delitos para los cuales existan prohibiciones expresas para conceder este tipo de rebajas punitivas, pues en dichos casos no habría tal cosa como sanciones muy bajas derivadas de las reducciones punitivas originadas en instrumentos propios de un sistema premial.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 30 de abril de 2014, Radicado 41157):

*“De las motivaciones que tuvo el legislador para imponer una agravación general de las penas a partir de la Ley 890 de 2004, así como de la interpretación que sobre dicho precepto ha hecho la judicatura, es claro que tal incremento sólo es aplicable para casos reglados por la Ley 906 de 2004 y aquellos eventos sobre los que se permite la obtención de reducciones punitivas por vía de los preacuerdos, negociaciones con la Fiscalía General de la Nación y allanamiento a cargos.”*

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en afirmar que este aumento punitivo no tiene operatividad cuando se aceptan cargos de manera unilateral o en virtud de un preacuerdo y no se obtienen beneficios o descuentos punitivos en virtud de las prohibiciones contenidas en la Ley 1121 de 2006 (sentencia del 27 de febrero de 2013, Radicado 33254) y la Ley 1098 de 2006 (sentencia del 4 de marzo de 2015, Radicado 37761), ya que por lógica si lo que se pretendía con el incremento generalizado contenido en la Ley 890 de 2004 era compensar la proporcionalidad de las penas, que resultaba afectado por las concesiones que trae la Ley 906 de 2004 en virtud de la justicia premial, si esta última no se aplica tampoco es necesario corregir el equilibrio.

## **Análisis del caso concreto**

De acuerdo con las consideraciones del Juzgado 29 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, en el presente caso no procedía rebaja punitiva alguna, a pesar de la aceptación de cargos en la audiencia de juicio oral por parte de la señora D.I.S. Esto de conformidad con lo señalado en el artículo 199 de la Ley de Infancia y Adolescencia. En todo caso aplicó el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004.

Ahora bien, con posterioridad a la sentencia condenatoria, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 27 de febrero de 2013, radicación 33254, expuso las razones por las que el incremento punitivo generalizado de penas, no procede para

los delitos en donde se prohíbe la obtención de beneficios punitivos por allanamiento o preacuerdos, como es el caso del delito por el cual fue condenada la señora D.I.S.

Empero, la causal séptima del artículo 192 del CPP, indica que ésta resulta procedente cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte Suprema de Justicia ha cambiado el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, frente a la punibilidad.

Así las cosas, el aparte que ratifica el cambio de jurisprudencia fruto del análisis que la Corte hizo es el siguiente:

*“Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No sin antes advertir que tal determinación de ninguna manera comporta una discriminación injustificada, en relación con los acusados por otros delitos que sí admiten rebajas de pena por allanamiento y preacuerdo, como quiera que, en eventos de condenas precedidas del juicio oral, la mayor intensidad punitiva no sería el producto de una distinción arbitraria en el momento de la tipificación legal, ajustada por la Corte, sino el resultado de haber sido vencido el procesado en el juicio, sin haber optado por el acogimiento a los incentivos procesales ofrecidos por el legislador; mientras que, frente a sentencias condenatorias por aceptación de cargos, la menor punibilidad, precisamente, sería la consecuencia de haberse acudido a ese margen de negociación, actualmente inaccesible a los delitos referidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006.”<sup>12</sup>*

Finalmente, es menester mencionar que, si bien la sentencia referida, habla de uno de los delitos a los que se refiere el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de abril de 2014 (SP5197-2014)<sup>13</sup>, siguiendo la línea de interpretación del análisis de los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, se refiere al tema del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, en los siguientes términos:

*...el criterio que ha venido desarrollando la Corte desde la casación 33254 de 27 de febrero de 2013, resulta también aplicable en asuntos en los que se trate de delitos de secuestro y homicidio doloso contra niños, niñas y adolescentes y el acusado preacuerda con la Fiscalía General de la Nación o se allana a los cargos y sin que reciba ninguna compensación por acudir a alguna de estas formas de terminación anticipada del proceso.*

---

12 Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2014. Radicado 41157 (SP5197-2014).

13 Posición reiterada en la sentencia del 24 de julio de 2017, Radicado 49052 (SP10906-2017).

Es decir, en esta sentencia se acoge a la línea de interpretación que ha venido adoptando la Corte Suprema de Justicia, la cual expone que en los delitos en los cuales no sea posible acceder al descuento punitivo por allanamiento o preacuerdo, pero que igualmente se les adjudica el incremento de la Ley 890 del 2004, se está violando el principio de proporcionalidad de la pena, pues resulta injusto y además contrario a la dignidad humana; ya que el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 dejaría la sanción en una condición excesiva para el reo.

Con base en lo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia del 17 de abril de 2018 declaró fundada la causal de revisión invocada y en consecuencia dejó sin efectos la dosificación punitiva contenida en la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado 29 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá el 22 de julio de 2013 por el delito de homicidio agravado.

En consecuencia, se sustituyó la pena impuesta (450 meses) por la pena de **345 meses y 1 día** (se reducen más de 8 años de prisión) en contra de D.I.S., sin dar aplicación al incremento punitivo consagrado en la Ley 890 de 2004.