El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: ACCIÓN DE REVISIÓN / FINALIDAD / POR CAMBIO FAVORABLE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / REQUISITOS / RECONSIDERACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS INCREMENTOS PUNITIVOS DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 890 DE 2004 EN CASO DE CONCURSO DE DELITOS / ANÁLISIS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TEMA.**

La acción de revisión es un mecanismo que ha sido establecido para corregir los posibles errores que se adviertan en los fallos judiciales ejecutoriados, es decir, que constituye una excepción al principio de cosa juzgada, en la medida que se demuestre el quebrantamiento de principios o garantías fundamentales de conformidad con las causales taxativamente señaladas en la Ley. (…)

La causal de revisión por cambio de jurisprudencia favorable se encuentra establecida en el numeral 7° artículo 192 C.P.P., y la H. Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia 40093 de agosto 15 de 2013 estableció los requisitos para su procedencia, los cuales se cumplen a cabalidad en el presente asunto, por cuanto: (i) la procesada suscribió preacuerdo donde aceptó la responsabilidad por el delito de homicidio agravado, homicidio simple, tres (3) delitos de homicidio simple en grado de tentativa de homicidio, lesiones personales (frente a esta conducta no se estableció el tipo sancionatorio) y tráfico, fabricación y porte de armas de fuego y municiones; (ii) la sentencia contra Pulgarín Rincón se profirió en junio 18 de 2008 y se encuentra en firme; (iii) no se le hizo ninguna reducción de pena como consecuencia tal preacuerdo celebrado; y (iv) con posterioridad la Sala Penal de la Corte adoptó un criterio favorable en lo relativo a la inaplicación de los incrementos punitivos establecidos en el artículo 14 de la Ley 890/04, para el caso de personas que tuvieran restricción para la reducción de la pena. (…)

Ahora bien, se tiene que la falladora de primer grado dentro del presente caso aplicó los aumentos de pena estipulados en la Ley 890/04, sin aplicar la rebaja de pena debido a la prohibición consagrada en el artículo 199 numeral 7 de la Ley 1098/06, puesto que se juzgaba el homicidio de un menor de edad; empero, posteriormente la jurisprudencia reseñada señaló que no procedía el incremento punitivo previsto en la Ley 890/04 toda vez que hacerlo sería soslayar el fin de dicha norma, porque al no ser posible aplicar ninguna rebaja de pena tampoco se justificaría el incremento de la misma.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, siete (07) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

 ACTA DE APROBACIÓN No 1112

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Diciembre 10 de 2018. 9:31 a.m. |
| Sentenciado:  | Jhoana Andrea Pulgarín Rincón |
| Cédula de ciudadanía: | 1090472916 |
| Delito: | Homicidio agravado y otros |
| Asunto: | Decide acción de revisión invocada por la defensa contra la sentencia de condena de junio 18 de 2008. Se declara fundada. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- vistos

Procede el Tribunal a proferir la decisión que en derecho corresponde dentro de la acción de revisión impetrada por el defensor público de la ciudadana **JHOANA ANDREA PULGARÍN RINCÓN**, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta capital, por medio de la cual se le condenó como autora responsable del concurso de hechos punibles de homicidio agravado, homicidio simple, tres tentativas de homicidio simple, tres lesiones personales dolosas, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.

 2.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial que dio lugar a la sentencia contra la que se interpone la presente acción de revisión, se puede sintetizar así:

2.1.- Dan cuenta los registros, que en febrero 15 de 2008, siendo las 12:15 horas, en el sector del barrio San Fernando-Cuba, más concretamente en la carrera 28 entre calles 67 y 68, se originó una balacera y como consecuencia de la misma perdieron la vida JUAN CARLOS HENAO GONZÁLEZ y RUBÉN SEBASTIÁN HERRER VÉLEZ -menor de edad-, e igualmente resultaron lesionados JORLEY ALEJANDRO GUZMÁN LAZO, GEOVANNY RINCÓN MURILLO, ELKIN ANDRÉS GUTIÉRREZ TREJOS, YOLANDA ZULUAGA URIBE y CRISTIAN HUMBERTO JARABA MORALES. Ante la información oportuna de la comunidad y la rápida reacción de las autoridades policivas, se logró la captura de la señora JHOANA ANDREA PULGARÍN RINCÓN y otros tres individuos, entre los cuales figura un menor de edad, quienes previamente habían abordado un vehículo taxi y fueron señalados como los responsables de los mencionados hechos.

2.2.- La señora JHOANA ANDREA PULGARÍN y los demás capturados fueron presentados ante un Juez Penal Municipal con función de control de garantías, momento en el cual se les formularon cargos como coautores del concurso punible de homicidio agravado, homicidio simple, tres tentativas de homicidio simple, tres lesiones personales dolosas, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, los cuales NO ACEPTARON.

2.3.- Ante esa no aceptación de cargos, la Fiscalía presentó escrito de acusación (marzo 17 de 2008) cuyo conocimiento le fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de esta capital, autoridad que convocó para la correspondiente audiencia de formulación de acusación (abril 30 de 2008), momento en el cual el ente persecutor presentó el preacuerdo al que había llegado con la señora JHOANA ANDREA PULGARÍN RENDÓN, consistente en que la misma aceptaría cargos a cambio de que se partiera del mínimo de la conducta de homicidio agravado -33 años y 6 meses-, y por el concurso con los otros delitos se le incrementaría en 12 años más, para un total de 45 años y 6 meses de prisión[[1]](#footnote-1), sin ningún otro tipo de rebaja. La negociación fue aceptada por el a quo, a consecuencia de lo cual se llevó a cabo en esa fecha la audiencia de individualización de pena y sentencia, para finalmente dictarse sentencia en junio 18 de 2008, por medio de la cual: (i) se declaró penalmente responsable a la imputada en congruencia con los cargos formulados y admitidos; (ii) se impuso como sanción privativa de la libertad la de 45 años y 4 meses de prisión[[2]](#footnote-2), e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad; y (iii) se negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El fallo de primera instancia no fue objeto de apelación y por lo mismo adquirió firmeza.

**2.4.-** En agosto 24 de 2018, el Defensor Público de la señora **JHOANA ANDREA PULGARÍN RINCÓN** presentó demanda de acción de revisión ante esta Corporación, con miras a lograr la redosificación punitiva, y que no se tuviera en cuenta en la misma el incremento contemplado en la Ley 890/04, para lo cual invocó la causal séptima que consagra el artículo 192 de la Ley 906/04, consistente en el “cambio de jurisprudencia”.

En efecto, la H. Corte Suprema de Justicia con posterioridad al fallo emitido en contra de su cliente, estableció en los radicados 33254 de 2013 y 47143 de 2017 un criterio de interpretación diferente acerca de la justicia premial por el allanamiento a cargos a delitos que estaban excluidos de estos, como son la Ley 1121/06 y 1098/06, a consecuencia de lo cual en su momento el a quo dictó sentencia con fundamento en la prohibición existente, pero la misma ha cambiado de forma favorable en el sentido de no aplicarse el incremento de la Ley 890/04.

**2.5.-** El Tribunal dispuso la apertura del trámite de acción de revisión con el correspondiente traslado probatorio, a cuyo efecto ninguna de las partes hizo solicitudes probatorias que debieran ser tenidas en consideración por la Corporación con miras a efectuar un análisis de admisibilidad.

**2.6.-** Agotada esa etapa probatoria, la Sala convocó a la respectiva audiencia de alegaciones, instante en el cual las partes e intervinientes hicieron las siguientes aseveraciones:

* *La Defensa*

Señala que con posterioridad a la sentencia hubo una serie de pronunciamientos de la Sala de Casación Penal con respecto a la tasación de las penas en los delitos donde son víctimas menores de edad y los incrementos punitivos de la Ley 890. En este caso la señora **JOHANA ANDREA PULGARÍN** fue sentenciada a 45 años y 4 meses de prisión, toda vez que se tuvo en cuenta tal aumento lo que dio como resultado dicha condena.

En la acción de revisión se relacionaron providencias que fueron favorables a personas que solicitaron dicha acción de revisión, tratándose de asuntos similares y que comportaron la redosificación de la pena, que es finalmente lo que pretende a favor de su representada, toda vez que la misma llegó a un preacuerdo con la Fiscalía, y al estar involucrado en los hechos un menor de edad víctima de homicidio, no era procedente en ese momento reconocerle ningún beneficio por los delitos en que incurrió.

Refiere como precedentes jurisprudenciales a tener en cuenta las sentencias 47143 de 2017, 17082 de 2015 y 43629 de 2014, para solicitar que se modifique la sanción, y sea sacado de la tasación punitiva el incremento de la Ley 890/06, no solo para el homicidio agravado, sino también para el simple, en tanto en estos también se hizo alusión al referido aumento.

* *El Fiscal*

La solicitud del defensor hace alusión a la disminución del incremento punitivo que se hizo en relación con el menor de edad, por cuanto si nos referimos a homicidio de personas adultas, era viable la aplicación de la Ley 890/04, y no existe algún tipo de reducción de esta conducta. Pero en cuanto al homicidio del menor aunque no era procedente la reducción por preacuerdo por expresa prohibición legal, con la jurisprudencia posterior del órgano de cierre se entiende que no era factible ese aumento de pena. Pide que se redosifique únicamente frente al incremento relacionado con el homicidio del menor de edad, pero no con respecto a las otras personas, pues este era justificado.

* *El Ministerio Público*

Luego de hacer alusión a la línea jurisprudencial relativa al tema –sentencias 33254 de 2013, 39719 de 2013, 41464 de 2013, 37671 de 2015, 41157, 41674, 47612, entre otras-, señala que la Corte ha indicado que en conductas que tienen prohibición de descuento no es viable el aumento de Ley 890/04. El argumento principal de lo allí referido, es aplicable a este asunto, al tratarse de una terminación anticipada donde hubo preacuerdo, y la jueza dosificó la pena según tasación acordada, la cual partió de 33 años y 6 meses que es la que corresponde a homicidio agravado, por ser menor de edad el ofendido –no de los 25 años que era el monto original de la Ley 590/00-, y a ese monto le sumó 12 años más de prisión por los delitos concursales, sin que sea posible extender el no incremento de la Ley 890 a los delitos concursantes, pues solo frente al homicidio agravado recae tal beneficio.

La defensa cumplió con la carga argumentativa respecto de la causal 7ª de revisión, y por ende se cumplen las condiciones para proceder a la redosificación exclusivamente del delito de homicidio agravado.

* *Apoderado de víctimas*

Es defensor del principio de favorabilidad y esta es una de las ocasiones que por pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte se ha cambiado el criterio en el sentido que pese a la prohibición para conceder beneficios donde la víctima sea menor de edad -Ley 1098/06-, el incremento punitivo de la ley 890/04 vendría a representar una doble agravación, que básicamente es el argumento que ha tenido la Corte para variar su jurisprudencia. Comparte por tanto la postura de la Fiscalía y del Ministerio Público, en cuanto debe redosificarse la pena pero únicamente en cuanto hace con el aumento de la Ley 890.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con lo reglado en el numeral 3º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, al haber sido interpuesta la acción por una parte legitimada para hacerlo, y acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae a determinar si en el presente asunto resulta aplicable la causal 7ª contenida en el canon 192 C.P.P. para que proceda la acción de revisión, y en consecuencia determinar si hay lugar a proferir sentencia por medio de la cual se redosifique la sanción penal impuesta a la señora **JHOANA ANDREA PULGARIN RINCÓN**, con fundamento en los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores emitidos por el órgano de cierre en materia penal, y que permitan llegar a una conclusión diversa a la contenida en el fallo de condena que se encuentra en firme.

**3.3.- Solución a la controversia**

La acción de revisión[[3]](#footnote-3) es un mecanismo que ha sido establecido para corregir los posibles errores que se adviertan en los fallos judiciales ejecutoriados, es decir, que constituye una excepción al principio de cosa juzgada, en la medida que se demuestre el quebrantamiento de principios o garantías fundamentales de conformidad con las causales taxativamente señaladas en la Ley.

En el presente caso se invocó por el agente de la Defensoría Pública la aplicación a favor de la ciudadana **JOHANA ANDREA PULGARÍN RINCÓN** de la causal consagrada en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906/04, que reza: “Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”.

Por parte de la defensa se considera que la procesada se hace merecedora a la redosificación punitiva de la condena impuesta, a raíz de la variación jurisprudencial que le resulta favorable, por lo cual debe excluirse de la pena impuesta el incremento de la Ley 890/04 para todos los homicidios, en tanto para la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público y le representación de víctimas, tal redosificación sí es procedente, pero única y exclusivamente en relación con el homicidio cometido frente a un menor de edad.

De la información contenida en el expediente se observa lo siguiente:

- La señora **JHOANA ANDREA PULGARÍN RINCÓN** fue condenada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en junio 18 de 2018, a la pena principal de 45 años y 6 meses de prisión[[4]](#footnote-4); como responsable del concurso de conductas punibles antes mencionado.

- Dicho fallo tuvo como fundamento la aceptación de cargos por la vía del preacuerdo al que llegó la Fiscalía con la señora **PULGARÍN RINCÓN**, que fue presentado en la audiencia de formulación de acusación realizada en preparatoria llevada a cabo en abril 30 de 2008[[5]](#footnote-5).

- Al realizar el trabajo de dosimetría penal para el concurso de conductas punibles, la falladora tuvo como base la pena del homicidio agravado establecida en el artículo 103 y 104.5 del C.P. con el *plus* punitivo señalado en el artículo 14 de la Ley 890/04, por lo cual fijó la pena del delito base en 33 años 4 meses de prisión, y aumentó 12 años por los demás delitos concursantes, esto es, homicidio simple, concurso homogéneo de tentativas de homicidio, concurso homogéneo de lesiones personales, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; sin reconocerle a la procesada ningún descuento por el preacuerdo, debido a la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098/06.

La causal de revisión por cambio de jurisprudencia favorable se encuentra establecida en el numeral 7° artículo 192 C.P.P., y la H. Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia 40093 de agosto 15 de 2013 estableció los requisitos para su procedencia, los cuales se cumplen a cabalidad en el presente asunto, por cuanto: (i) la procesada suscribió preacuerdo donde aceptó la responsabilidad por el delito de homicidio agravado, homicidio simple, tres (3) delitos de homicidio simple en grado de tentativa de homicidio, lesiones personales (frente a esta conducta no se estableció el tipo sancionatorio) y tráfico, fabricación y porte de armas de fuego y municiones; (ii) la sentencia contra **PULGARÍN RINCÓN** se profirió en junio 18 de 2008 y se encuentra en firme; (iii) no se le hizo ninguna reducción de pena como consecuencia tal preacuerdo celebrado; y (iv) con posterioridad la Sala Penal de la Corte adoptó un criterio favorable en lo relativo a la inaplicación de los incrementos punitivos establecidos en el artículo 14 de la Ley 890/04, para el caso de personas que tuvieran restricción para la reducción de la pena.

Importa destacar desde ya, que para la definición de este asunto se tendrá como parámetro de referencia obligado una determinación adoptada por esta Sala de Decisión con ponencia del Magistrado JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ[[6]](#footnote-6), por medio de la cual se analizó una acción de revisión propuesta por las mismas razones a favor de los intereses de uno de los coprocesados que se hizo extensiva a otro de los sentenciados, y que ahora debe ser aplicada en similares términos para **JHOANA ANDREA PULGARÍN** en acatamiento al principio del principio de igualdad material.

Al respecto, debe destacarse en primer lugar, que el incremento punitivo realizado por medio de la Ley 890/04 tiene su génesis en la implementación del esquema procesal penal introducido en virtud de la facultad otorgada por el artículo 4° transitorio del A.L. 03/02 a la Comisión Constitucional Redactora, conforme a la cual se creó un sistema que contemplaba mecanismos de negociación y preacuerdos, y por tanto se tornaba necesario diseñar un marco normativo que permitiera un margen de maniobra a la Fiscalía, de modo que las sanciones que se impusieran finalmente guardaran proporción con la gravedad de los hechos investigados, como así lo señaló la H. Corte Suprema de Justicia:

“Bien se ve, con base en la anterior reseña, que el plurimencionado aumento de penas se justificó bajo un único supuesto: potencializar la aplicación de los acuerdos, negociaciones y allanamientos, a fin de mantener los márgenes de proporcionalidad estimados por el legislador al expedir el Código Penal.

Así, el Estado le otorgó a la Fiscalía un margen de movilidad, en términos de rebajas punitivas, para ofrecer acuerdos y estimular las aceptaciones de cargos. Empero, a fin de mantener, o si se quiere, actualizar las valoraciones referentes a los límites punitivos implementados en el Código Penal, se incrementaron las penas con el propósito de preservar la proporcionalidad con la gravedad de los delitos y no incurrir, de esa forma, en eficacia procesal, pero con protección deficiente desde la óptica del derecho penal sustancial y las exigencias constitucionales […]”[[7]](#footnote-7)

Así mismo, refirió esa Alta Corporación lo siguiente:

“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.

Fue siguiendo tal interpretación que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un pronunciamiento que recogió la línea interpretativa que se venía implementado hasta ese momento en torno a la aplicación en el tiempo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para casos reglados por la Ley 600 de 2000 (CSJ, SP Enero 18 2012, Rad. 36784), «reafirmó el criterio de que la ley 890 de 2004 tiene una causa común y está ligada en su origen y discurrir con la ley 906 de 2004, por manera que el incremento punitivo de su artículo 14, sólo se justifica en cuanto se trate de un sistema procesal premial que prevé instituciones propias como el principio de oportunidad, negociaciones, preacuerdos y las reducciones de penas por allanamiento a cargos.

[…]

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.”[[8]](#footnote-8)

En esa misma línea jurisprudencial, la Sala Penal, en sentencia 37761 de marzo 04 de 2015, refirió:

“Por ello, de conformidad con el análisis anteriormente realizado, salta a la vista que en este caso, la aplicación del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 resulta improcedente, pues su finalidad no se halla justificada y constituye una intervención desproporcionada a su derecho fundamental a la libertad personal, como quiera que pese a la admisión de responsabilidad realizada por el procesado durante la audiencia de formulación de la imputación no se le disminuyó la pena, ni se le otorgó beneficio penal alguno, teniendo en cuenta la expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, razón por la cual emerge como margen punitivo racionalmente aplicable el contenido en la Ley 599 de 2000 sin el agravante del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.”

Igualmente, en sentencia 47032 de mayo 18 de 2016, la cual retomó la Corte en decisión 47143 de febrero 22 de 2017, se plasmó:

“Se dijo desde entonces y con carácter modificatorio de la posición que hasta el momento imperaba, que en los supuestos en los cuales el procesado se allanara a los cargos imputados o acordara sobre los mismos con la Fiscalía, no procedía el aumento de sanción que de manera general se previó en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, cuando a pesar de tales eventos no pudiera recibir ningún beneficio punitivo compensatorio por disposición expresa de la ley, como ocurre con lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 1121 del 2006, según el cual no resulta viable rebaja punitiva derivada de la terminación anticipada del proceso cuando se tratare de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión, o en la veda prevista en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 bajo cuyos términos no es admisible disminución de sanción con base en negociaciones y preacuerdos entre Fiscalía e imputado o acusado cuando el delito de secuestro, entre otros, sea cometido, en niño, niña o adolescente

[…]

Tal criterio, a modo complementario y como ya se anunció, también deviene aplicable a los casos en los que se procede por el delito de secuestro, entre otros, cometido contra niños, niñas o adolescentes y el procesado se allana a cargos o preacuerda con la fiscalía, sin recibir descuentos o beneficios, en virtud de la prohibición contenida en el artículo 199.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia, tal como la Corte lo ha precisado en algunas decisiones como la CSJ SP5197-2014 del 30 de abril de 2014, radicación 41157; CSJ SP10994-2014 del 20 de agosto de 2014, radicación 43624; y CSJ SP17082-2015 del 10 de diciembre de 2015, radicación 45610.

[…]

En estas condiciones, por tanto, es patente que el criterio acogido por la Sala en los precedentes de 27 de febrero de 2013 y 30 de abril de 2014, antes reseñados, favorece al accionante, toda vez que reconoce que cuando no se conceden descuentos punitivos en virtud de las citadas prohibiciones, de un lado, no procede de otro, el incremento general de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues si tal incremento lo que procura es brindar a la Fiscalía un mayor campo de acción para lograr allanamientos o preacuerdos y ofrecer una disminución de la sanción, cuando tal beneficio no es procedente, como lo dijo la Corte, decae la justificación del aumento de la penalidad, luego en ese orden ha de concluirse concurrentes los supuestos fácticos de la causal invocada para de ese modo remover los efectos de la cosa juzgada que permitan ajustar la sentencia objeto de la acción a la nueva línea jurisprudencial.[[9]](#footnote-9)”.

Ahora bien, se tiene que la falladora de primer grado dentro del presente caso aplicó los aumentos de pena estipulados en la Ley 890/04, sin aplicar la rebaja de pena debido a la prohibición consagrada en el artículo 199 numeral 7 de la Ley 1098/06, puesto que se juzgaba el homicidio de un menor de edad; empero, posteriormente la jurisprudencia reseñada señaló que no procedía el incremento punitivo previsto en la Ley 890/04 toda vez que hacerlo sería soslayar el fin de dicha norma, porque al no ser posible aplicar ninguna rebaja de pena tampoco se justificaría el incremento de la misma.

Siendo así, en justicia debe realizarse una nueva dosificación de la pena impuesta a la señora **JHOANA ANDREA PULGARÍN** por medio de sentencia de junio 18 de 2008, dado que la acción de revisión está llamada a prosperar bajo el entendido que para el delito de homicidio agravado en menor de edad no procede el aumento de penas consagrado en la Ley 890/04, por cuanto no es posible aplicar alguna rebaja para tal ilícito.

No obstante, se debe resaltar que para los demás delitos concursantes, sí era factible aplicar el correspondiente aumento de penas, así como la rebaja por el preacuerdo que la señora **PULGARÍN RINCÓN** celebró con el ente acusador. En consecuencia, se debe proceder a realizar la correspondiente dosificación, para así determinar el delito base y con ello establecer el otro tanto que podrá aumentarse por los demás delitos en concurso, y para el efecto debe tenerse en cuenta los siguientes supuestos fácticos:

Según el preacuerdo celebrado con la Fiscalía General de la Nación, los cargos se precisó de la siguiente manera:

- Homicidio agravado en concurso con homicidio simple del cual fueron víctimas el adulto JUAN CARLOS HENAO y un menor de edad que fue identificado como RUBÉN SEBASTIÁN HERRERA VÉLEZ, quien tenía 13 años para la fecha de su deceso (no se precisó cuál de esos homicidios comportaba la circunstancia de agravación prevista en el numeral 5º del artículo 104 C.P. -*“valiéndose de la actividad de inimputable”*-en razón de la participación en los hechos de un menor de edad), pero se dijo que en ese caso se aplicaría la restricción prevista en el artículo 199 de la Ley 1098/06.

- Las conductas contra YORLEY ALEJANDRO GUZMAN LASSO, GIOVANNY RINCÓN MURILLO y ELKIN ANDRÉS GUTIÉRREZ fueron calificadas como homicidio en grado de tentativa.

- La afectación de la integridad personal de CRISTIAN HUMBERTO JARABA MORALES, YOLANDA ZULUAGA y LUIS FELIPE VILLA GÓMEZ, fue calificada genéricamente como “lesiones personales”, sin mencionar el tipo penal.

- Se hizo alusión a la conducta de fabricación, tráfico o porte de armas, contenida en el artículo 365 C.P.

En consecuencia, la procesada aceptó cargos por doble homicidio -uno agravado y otro simple-, tres tentativas de homicidio, tres lesiones personales, y el porte ilegal de armas, indicándose por parte de la Fiscalía que no se le realizaría ninguna clase de rebaja en atención a lo reglado en el canon 199 C.I.A., y que lo único que se hacía era realizar la tasación punitiva para lo cual se partiría del delito más grave, esto es, el de homicidio agravado que contempla una pena de 33 años 4 meses de prisión, y con ocasión del concurso de delitos se le incrementarían 12 años, lo cual arrojaba una pena definitiva de 45 años y 4 meses de prisión.

En lo que atañe al tema puntual de la acción de revisión propuesta hay que manifestar que en la sentencia de primer grado se expresó:“La Fiscalía acusó a los partícipes de dichas acciones por las siguientes conductas: “Homicidio agravado por ser la víctima un menor de edad, homicidio simple […]”[[10]](#footnote-10). Y Acerca de esa consideración del fallo hay que manifestar que la minoría de edad de la víctima no es causal de agravación del delito de homicidio, y la circunstancia referida por la Fiscalía para tipificar el delito contra la vida en el caso de las víctimas JUAN CARLOS HENAO y RUBÉN SEBASTIÁN HERRERA VÉLEZ, fue la intervención de un inimputable en los hechos, de conformidad con la causal prevista en el artículo 104.5 C.P. Sin embargo, ha de entenderse que en virtud de esa manifestación contenida en el fallo cuya revisión se solicita, la jueza de primer grado consideró que el homicidio agravado correspondía al del menor **HERRERA VÉLEZ**, ya que hizo referencia a la prohibición de aplicar rebajas de pena por preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, según lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 199 C.I.A.[[11]](#footnote-11).

Al haberse prefijado la pena en el preacuerdo, no se aplicó el sistema de cuartos en el fallo y en consecuencia se consideró que el delito de mayor entidad era el del homicidio agravado –que se entiende fue el del menor **RUBÉN SEBASTIÁN HERRERA VÉLEZ**-, y se dijo lo siguiente:

“Se tiene entonces que la pena a imponer es de treinta y tres (33) años seis (6) meses de prisión [en realidad debió ser 33 años y 4 meses, si se parte del mínimo de la pena a imponer con el aumento de la Ley 890], aumentada hasta en doce años más por el concurso con el homicidio simple, las tres tentativas de homicidio simple, las lesiones personales dolosas y el porte ilegal de armas de fuego; dando como pena definitiva cuarenta y cinco (45) años, cuatro (4) meses de prisión y multa en cuantía de 34.6 SMLMV, a favor del Consejo Superior de la Judicatura […]..”.

En ese orden de ideas, con el aumento punitivo ordenado por el artículo 14 de la Ley 890/04 se le fijó una pena a la procesada de 33 años y 4 meses de prisión por el delito de homicidio agravado debido a la intervención de un inimputable en la conducta que se entiende que era aquella en la que fue víctima el menor antes identificado.

Como la funcionaria de primer grado partió de la pena mínima frente a este delito que iba de 33 años y 4 meses a 60 años de prisión, se considera que al prescindirse del incremento punitivo ordenado por el artículo 14 de la citada Ley 890/04, en acatamiento de los precedentes que determinaron su inaplicación en virtud de la restricción establecida por el artículo 199 C.I.A., se debe tomar la pena original establecida para este delito que oscila entre 25 a 40 años de prisión.

Así las cosas, al respetar el marco punitivo del fallo de primer grado, se partirá entonces de 25 años equivalentes a 300 meses de prisión. A esa sanción se incrementarán los 12 años de prisión que se fijaron por los demás delitos concursantes, para un total de pena de 37 años de prisión, la cual resulta ser sustancialmente menor a los 45 años y 4 meses fijados en el fallo inicial.

En ese sentido se debe aclarar que no es posible hacer rebajas adicionales a la procesada, con fundamento en el artículo 352 C.P.P., por los delitos concursantes de homicidio simple -que igualmente se debió tipificar como homicidio agravado del señor **JUAN CARLOS HENAO**, al presentarse la causal prevista en el numeral 5°, artículo 104 C.P.-, homicidio en grado de tentativa, lesiones personales y porte ilegal de armas, en cuanto se entiende que esa disminución punitiva ya fue reconocida en el preacuerdo aprobado por la juzgadora de primer nivel, donde se pactó que la pena a imponer a la procesada era 45 años y 4 meses de prisión.

ANOTACIÓN FINAL

La Sala no hará cambio alguno en lo atinente a la pena pecuniaria de multa, habida consideración a que si bien la funcionaria de instancia la tuvo en cuenta en la parte motiva de la sentencia de prime grado, esa sanción no quedó consignada en la resolutiva del citado; en consecuencia, mal haría la Corporación en degradar algo que en estricta técnica jurídica no existe, porque de hacer se estaría afectando el principio de no *reformatio in pejus* o reforma peyorativa en perjuicio de la unidad de defensa que es aquí la única parte interesada en el presente pronunciamiento judicial.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE DECLARA FUNDADA** la causal de revisión invocada por la defensa de la procesada **JHOANA ANDREA PULGARÍN RINCÓN,** contra la sentencia de junio 18 de 2008 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta capital.

**SEGUNDO:** En consecuencia se **MODIFICA** el numeral primero de la sentencia dictada en junio 18 de 2008, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), en el sentido de que la pena definitiva que debe descontar la sentenciada **JHOANA ANDREA PULGARÍN RINCÓN** por el concurso de conductas punibles de homicidio agravado, homicidio simple, tres tentativas de homicidio simple, tres lesiones personales dolosas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, será de treinta y siete (37) años y multa equivalente a 34.6 SMLMV para el año 2008.

**TERCERO:** Contra la presente determinación no procede ningún recurso, por tratarse de una decisión de única instancia.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

El Secretario de la Sala,

**WILSON FREDY LÓPEZ**

1. Ver folio 19, cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folio 13, cuaderno principal -aunque en la parte resolutiva no se especificó el monto de la multa a imponer, ello quedó claro en la parte motiva-. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 29 jun. 2011, rad. 35681: “[…] Tal como lo ha señalado la Sala en numerosas oportunidades, la acción de revisión constituye una excepción prevista por el legislador al principio de la cosa juzgada, cuyo objetivo es remediar los errores judiciales derivados de circunstancias señaladas en la ley que no fueron conocidas o se pasaron por alto durante el desarrollo de la actuación procesal y que por ello mismo suscitaron la ejecutoria de decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, razón por la cual no deben ostentar el carácter de definitivas ni inmutables […]” [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 13, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 19, cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-5)
6. Acción de revisión promovida por RICHARD HERNANDO HINCAPIÉ GIRALDO, con radicación N° 660012204000201800067. Sentencia de septiembre 7 de 2018, aprobada por Acta N° 763. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 33254. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 41157. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ SP 6558-2016 May 18 2016, Rad.47032. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 9. C. Principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 12. C Principal. [↑](#footnote-ref-11)