

REDENCION DE PENA/ LEGALIDAD DE LA PENA

Tesis:

En la eventualidad de que el procesado fuera acreedor a las rebajas acordadas, sobre el monto de la pena que le corresponda deberá hacerse, en primer lugar, la disminución correspondiente a la ira; sobre el residuo, la de la confesión; y sobre el remanente, la de la sentencia anticipada.

El criterio utilizado en la sentencia puede llevar no sólo a imponer penas insignificantes sino, incluso, a dejar impune el delito y a que el Estado aparezca deudor del condenado, ya que, por ejemplo, si al total de la sanción imponible se le quitan las 2/3 partes por haberse actuado en estado de ira (si se estima que el procesado merece la máxima reducción del artículo 60 del C. P.), más 1/3 parte por confesión (art.299 del decreto 2700 de 1991) se habrá copado el quantum íntegro de la pena y sin que siquiera, por sustracción de materia, exista la posibilidad de descontar el tercio a que, teóricamente, tendría derecho, por haberse acogido a la sentencia anticipada.

En pasada oportunidad, y refiriéndose a la dosificación, la Sala Penal manifestó: “hoy cobra especial interés con la figura de la terminación anticipada de los procesos que presupone la negociación de la pena. Es aquí donde mayormente se requiere de claridad y precisión para que el monto de pena señalado corresponda equitativamente a la gravedad del hecho atribuido, pues con criterios tan benignos como los que suelen usarse y con la serie de rebajas automáticas que prevé el legislador, termina el Estado dejando impune la conducta gravemente reprochada social y legalmente”. (Casación No.8485. Agosto 24/94. M.P.Dr.Dídimo Páez Velandia).

Por otra parte, la Comisión de Evaluación de la Política de sometimiento a la Justicia, organismo consultivo del Ejecutivo, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, de la cual hicieron parte, entre otros funcionarios, el Presidente de la Corte Suprema de

Justicia y el Fiscal General de la Nación, expresó: “en los casos en que proceda la acumulación de beneficios y salvo específicas exigencias normativas, cada rebaja se debe hacer en la sentencia en forma independiente tomando como base la pena que quede después de efectuado cada descuento; o sea, reevaluar la práctica de sumar los diferentes descuentos y luego sí aplicarlos al total de la pena”.

PROCESO : 9124

SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr.JORGE E. CORDOBA POVEDA

Aprobado Acta Nro.109

(julio 24 de 1996)

Santafé de Bogotá D.C., julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y seis (1996).

VISTOS

El 7o. de julio de 1.993, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sevilla condenó a Jesús Antonio Avila Jiménez a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión como responsable del delito de homicidio agravado, cometido en perjuicio de quien en vida respondió al nombre de Ruby Alba Arboleda de Avila.

El defensor y el apoderado de la parte civil apelaron la anterior decisión, habiendo sido confirmada por el Tribunal Superior de Buga en sentencia del 15 de septiembre de

1.993, con algunas modificaciones con relación a los perjuicios. La misma entidad concedió el recurso extraordinario de casación, oportunamente interpuesto por la defensa.

Ante esta Sala se presentó la respectiva demanda, la cual se halló ajustada a las exigencias de ley, motivo por el cual se dispuso oír al Ministerio Público que representando en este caso por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sugirió que oficiosamente se casara la sentencia, decretando la nulidad del proceso a partir de la audiencia para terminación anticipada del proceso.

Ahora, corresponde a esta Corporación resolver lo pertinente, previo el análisis de los siguientes:

HECHOS

En las horas de la noche del 11 de mayo de 1.993, los esposos Jesús Antonio Avila Jiménez y Ruby Arboleda de Avila acompañados de un hijo que sufre retardo mental, regresaban de Cali hacia Sevilla, de donde habían salido en las horas de la mañana, con finalidades puramente comerciales. Detuvieron su marcha en La Uribe, sitio en el que se originó una discusión, porque el hoy procesado le reclamó a su esposa por haber conversado con unas personas. Ella le respondió con palabras soeces, lo que dió lugar a que él accionara su revólver en dos ocasiones, causándole la muerte.

Al día siguiente, Avila Jiménez denunció ante la Policía Judicial que en su viaje de regreso habían sido asaltados por desconocidos y, como consecuencia del ataque, su esposa había fallecido. Posteriormente reconoció haber sido el autor del homicidio.

ACTUACION PROCESAL

El proceso penal se abrió por auto del 17 de mayo de 1.993 y al día siguiente se escuchó

en indagatoria a Jesús Antonio Avila Jiménez, quien fue sometido a detención preventiva, decretada el 25 del citado mes y año.

La constitución de parte civil se admitió en proveído del 18 de junio siguiente.

El 1o. de julio de 1.993 se realizó audiencia especial (art. 37 del decreto 2700/91), en la que se acordaron 32 meses de prisión, la concesión de la condena de ejecución condicional y la libertad inmediata para el procesado, la que se decretó el mismo día con fianza de cien mil pesos.

El acuerdo se aprobó mediante sentencia del 7 de julio de 1.993 y se condenó al procesado a treinta y dos (32) meses de prisión, concediéndosele el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Con algunas modificaciones, la sentencia fue confirmada por el Tribunal de Buga con providencia del 15 de septiembre de 1.993.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La defensa formula dos cargos contra la sentencia, ambas al amparo de la causal tercera, por haberse dictado “en proceso viciado de nulidad constitucional por violación del art. 29 de la Carta Política”.

La primera censura de nulidad se concreta en la admisión de la demanda de constitución de parte civil por un funcionario que ya no estaba conociendo del proceso, porque ya se había fijado fecha y hora para la celebración de la audiencia especial, “ya se había llegado a la etapa de juzgamiento del imputado por un delito plenamente demostrado y del cual se lo consideraba plenamente responsable. Por todo esto todas las cuestiones debía resolverlas el Juez competente y no quien ya había perdido la dirección de la investigación y se había convertido en sujeto procesal.”

Con una relación cronológica de la actuación procesal expone que cuando la Fiscalía aceptó la constitución de parte civil ya no era investigador sino un sujeto procesal, lo que lo lleva a concluir que “ante estos hechos no cabe duda que toda la actuación procesal relativa a la fase de la parte civil y la condenación al pago de perjuicios, es nula de nulidad absoluta, desde el auto admisorio de la demanda, hasta los numerales 5 de la sentencia de segunda instancia demanda.”

El segundo cargo, como ya se había anticipado, también se postula al amparo de la causal tercera, por considerar el censor que se vulneró el debido proceso. La irregularidad la hace consistir en que habiendo bienes embargados y demostración de los perjuicios no se hizo una liquidación de los mismos, a pesar de que existían elementos probatorios que lo hacían viable. De allí concluye: “Esta falta de liquidación obligó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sevilla a darle aplicación a los arts 107 y 106 del C. P. condenando al señor Jesús Antonio Avila Jiménez a su arbitrio, sin observancia de las formas propias del juicio y vulnerando gravemente el derecho de defensa, pues no otorgó ni tiempo ni espacio, para controvertir el monto de los perjuicios que se le iban a deducir al procesado y que resultaron tan exorbitantes que lo colocan al borde de la ruina”.

El impugnante agrega que en la tasación de los perjuicios tampoco se tuvo en cuenta el contenido del artículo 2357 del C. C., en cuanto dispone que la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo sufre se expuso a él imprudentemente.

Solicita se case la sentencia, para que se anule toda la actuación de la parte civil y la condena a pagar los perjuicios materiales.

CRITERIO DEL PROCURADOR SEGUNDO

DELEGADO EN LO PENAL

El agente del Ministerio Público estima que sería del caso referirse a la demanda, pero

que como observa que se ha afectado el debido proceso en cuanto apunta a la legalidad de la pena impuesta, se debe recurrir a la facultad de anular oficiosamente.

Hace una serie de consideraciones sobre el principio de legalidad de los delitos y de las penas, tanto a nivel constitucional como de la normatividad de los derechos humanos, para concluir que tales preceptos no “fueron tenidos en cuenta por los funcionarios que intervinieron en el proceso para fundamentar la pena impuesta a Avila Jiménez, como quiera que la pena aplicada no fue la vigente, pues sobra precisar que, aquí no procedía por favorabilidad el artículo 324 del Decreto 100 de 1.980, ya que desde ningún punto de vista concurrían los presupuestos de temporalidad en cuanto a la vigencia de la norma ni ocurrencia de los hechos”.

Y prosigue diciendo “esto por cuanto, para la fecha en que se cometió el homicidio en la persona de Ruby Alba Arboleda de Avila, por el cual se vinculó y finalmente condenó a Avila Jiménez se encontraba en plena vigencia la ley 40 de 1.993 que introdujo sustanciales modificaciones al Decreto 100 de 1.980, respecto al cuántum punitivo de los delitos de homicidio, secuestro y extorsión, conservando básicamente la descripción del modelo comportamental, con algunas modificaciones a las causales de agravación, además de elevar a la categoría de delito otras conductas”.

El funcionario precisa que la ley entró en vigencia el 19 de enero de 1.993 y los hechos ocurrieron en mayo del mismo año, siendo ésta la ley aplicable a los hechos que son motivo de investigación.

Destaca que aplicando el procedimiento previsto en el artículo 37 del C. de P. P. el Fiscal formuló el cargo “de homicidio agravado y reconociendo las aminorantes reseñadas hizo expresa mención del artículo 324 del C. P. (Dec. 100/80), tanto para la adecuación típica como para la dosificación de la pena, advirtiendo que partía del mínimo allí fijado, es decir 16 años”.

De lo anterior colige que el acuerdo al que se llegó sobre delito y pena en la audiencia especial está viciado de nulidad “pues la violación al debido proceso radica en la formulación de una acusación ilegal, violatoria del debido proceso como que se fundamentó en una ley no vigente para el caso concreto, cuya consecuencia también ilegal fue aceptada por el procesado y aprobada por el Juez quedando desde luego viciada toda la actuación posterior”.

Para terminar, el Delegado manifiesta que ordenará la compulsación de copias para que se investigue disciplinariamente al Fiscal, al Juez, a los Magistrados y a los representantes del Ministerio Público, a la vez que solicita a la Sala hacer lo mismo para que se investigue por prevaricato a los mismos funcionarios “pues no parece razonable que se haya aplicado una ley no vigente favoreciendo al procesado en forma tan considerable, en cuanto a la pena, más aún cuando las mismas disminuentes de la ira y la confesión carecen de la diaphanidad que se aparentó en la actuación”.

Finalmente, sugiere a la Sala que oficiosamente case la sentencia y decrete la nulidad planteada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos cargos formula el censor al amparo de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad supralegal o constitucional.

Sea lo primero observar que la demanda de casación no es un escrito de libre confección como de manera reiterada se ha repetido, sino que debe sujetarse a precisos y lógicos parámetros legales cuya inobservancia lleva fatalmente a su improsperidad.

En el presente caso, tales exigencias no se cumplieron. En efecto, lo que busca el impugnante, como él mismo lo manifiesta, es la invalidación del fallo condenatorio en lo

que concierne al pago de los perjuicios, lo que implicaba, conforme al artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, que la demanda se fundamentara en las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, mandato que, con respecto a la causal aducida, no fue tenido en cuenta por el impugnante.

Así mismo, invoca una nulidad supralegal o constitucional, con desconocimiento de lo estatuido por el artículo 308-6 del Código de Procedimiento Penal, según el cual “no podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este Código”.

A más de estos yerros técnicos, que por sí solos hacen ineficaces los cargos planteados, tampoco le asiste razón al censor. Así, en cuanto al primer cargo, que lo hace consistir en que el Fiscal no tenía competencia para decidir sobre la demanda de constitución de parte civil, pues el proceso ya había llegado a la etapa de juzgamiento y pasado al juez competente quién había fijado fecha y hora para la celebración de la audiencia especial, habiéndolo devuelto al fiscal 25 para que decidiera sobre el citado libelo, es necesario considerar que estábamos frente a un tránsito de legislación y una nueva concepción del proceso penal con la adopción del sistema acusatorio y el de la negociación de penas, sin que existiera claridad sobre muchos de sus aspectos. Sin embargo, si estimamos que la diligencia de formulación de cargos, bajo la vigencia del artículo 37 del decreto 2700 de 1991, como ahora, era equivalente a la resolución de acusación, no hay duda que las diligencias cumplidas con antelación, lo eran en la fase sumarial y, por lo tanto, la competencia le correspondía al Fiscal. La intervención del juez era sólo para efecto de la dirección de la audiencia de terminación anticipada. Lo anterior aparece más ostensible si se tiene en cuenta que si no se llegaba a un acuerdo o éste no era aprobado por el juez, el proceso regresaba al fiscal para que continuara con la investigación.

Por otra parte, el recurrente no demuestra cómo con la admisión de la parte civil se afectaron las garantías constitucionales del procesado o se desconocieron las bases

fundamentales de la instrucción o del juzgamiento.

El cargo no prospera.

También se asevera en la demanda que se incurrió en nulidad por violación del debido proceso, pues al estar demostrados los perjuicios no se hizo una liquidación de los mismos, lo que obligó a que el Juez Segundo Penal del Circuito de Sevilla aplicara los artículos 106 y 107 del Código Penal y no tuviera en cuenta el 55 del Código de Procedimiento Penal, no dando oportunidad a la defensa de controvertir el monto deducido.

En esta censura se mezclan dos cargos contradictorios, a saber, el de nulidad y la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho generado por falso juicio de existencia, pues lo que se argumenta es el haberse ignorado que obraba prueba que demostraba la existencia de los perjuicios y sin embargo haberlos fijado el juez, a su arbitrio, dando aplicación indebida a los artículos 106 y 107 del Código Penal e inaplicando el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal.

En la violación indirecta se acepta la validez del proceso, pero se reprocha un error de juicio del sentenciador (error iudicando) (causal primera), en tanto que en la nulidad se pretende la invalidez de la actuación (errores in procedendo).

En los primeros se reprocha haberse incurrido en equivocaciones en cuanto a la aplicación o interpretación del derecho material. En los segundos las irregularidades trascendentes en las formas del proceso.

Al haberse incurrido en la demanda en el desacierto de plantear conjuntamente cargos excluyentes, con fundamentos distintos y consecuencias jurídicas diversas, se dió al traste con la impugnación, pues la Corte, en virtud del principio de limitación que rige este extraordinario recurso, no puede subsanar sus inconsistencias. No se debe olvidar

que es permitido formular cargos excluyentes, pero deberán plantearse separadamente y de manera subsidiaria.

Pero, además, el cargo se queda en la simple enunciación, pues no se demuestra cuáles fueron las pruebas ignoradas por el sentenciador, ni cuál su trascendencia en el fallo, desconociendo que la sentencia viene amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

El cargo no prospera.

Por otra parte, el Procurador Segundo Delegado solicita se case oficiosamente el fallo, pues considera que se ha vulnerado el debido proceso en lo referente a la legalidad de la pena impuesta.

Al respecto, es incuestionable que los hechos motivo de investigación ocurrieron el 11 de mayo de 1.993 y, por ende, les eran aplicables las previsiones de la Ley 40 de 1993, que entró en vigencia desde el 20 de Enero de ese año. Por otro lado, basta examinar la diligencia de audiencia especial de terminación anticipada del proceso para evidenciar que tanto la ubicación típica de la conducta como la de la pena correspondiente se hizo de conformidad con las previsiones del Código Penal de 1.980 y, en concreto, de su artículo 324.

El Fiscal en dicha audiencia hizo las siguientes reflexiones en relación con al tipo y pena:

“....acogerse a los cargos que le formulo como autor de Homicidio agravado, por cuanto que fue perpetrado y agotado como lo dice el artículo 324 ordinal 1o., en la persona de su cónyuge, lo cual implicaría que para efectos de la dosimetría, gravamen o punición o castigo penal que amerita habría de imponérsele una pena que parte de los diez y seis años de prisión, que es su mínimo, por cuanto que sabido es que el máximo está tasado en

treinta años; entonces para plantearle la propuesta de consenso bilateral al señor sindicado Avila Jiménez, la Fiscalía conceptúa que él debe ser declarado convicto de pena por estar plenamente demostrado que es autor y paralelamente, responsable de la occisión violenta de su esposa Ruby Alba Arboleda, por lo cual, se hace diáfano que si la Fiscalía admite el homicidio agravado, pero bajo la atenuante del artículo 60 del C. Penal, partiremos entonces del mínimo de la pena prevista en el tipo básico violado, esto es, de 16 años de prisión, pero como no puede ser menor de la tercera parte de ese mínimo, entonces cuantificando la misma se reduciría o atenuaría conforme a ese artículo 60 del Código Penal hecha la correspondiente operación matemática en cinco años, cuatro meses; pero además, y visto que la principal prueba que realmente nos da la convicción absoluta de que el señor Jesús Antonio Avila Jiménez es un uxoricida, está cifrada en su diligencia de injurada o exégesis indagatoria en la cual confesó en forma por demás voluntaria y libre la autoría del facto cruento. Siendo así, se impone entonces la reducción de pena a que alude el artículo 299 del Código instrumental penal, según el cual si dicha confesión se produjere durante la primera versión, como exactamente ocurrió en el sub lite, entonces, se le reducirá la pena, en este caso, el mínimo de los 16 años, en una tercera parte para convenir que se le deberá descontar de la misma, hecho el respectivo cómputo, Cinco años, y cuatro meses más. Finalmente, y atemperándonos al novedoso artículo 37 del Código Adjetivo Penal, según el cual en el evento de que el sindicado se acoja a la terminación anticipada del proceso, y siempre y cuando se haga dentro del lapso de la etapa sumarial, ello le concita en su favor otra rebaja de pena, es decir, otro beneficio diminuyente, equivalente al guarismo de una sexta parte de la pena o mínimo del cual se parte en esta dosimetría, y siendo así, entonces a los diez y seis años se le sustraen o restan dos años, ocho meses, por encontrarnos en la etapa instruccional, por lo cual, hecha la sumatoria, convenimos en que los descuentos o reducciones de pena sumados estos factores de los cinco años, cuatro meses por vías del artículo 60 del C. Penal; más cinco años, cuatro meses, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 299 del estatuto ritual penal y adicionados los dos años, ocho meses

presupuestados por el Art. 37, ello equivale a un total, en término de años, de doce, y en términos de meses de 16, que sería el crono o tiempo a descontarle a la pena principal o mínima de los diez y seis años; por manera que esos doce años y 16 meses, haciendo la conversión arroja un guarismo de trece años, cuatro meses, los cuales se le descontarán al gravamen impositivo como aflicción o castigo de los 16 años para quedar finalmente la pena una vez hecha la operación de la resta reducida al benéfico guarismo para el procesado de DOS AÑOS, OCHO MESES, o lo que es lo mismo, a un total de treinta y dos meses a purgar como pena principal, aclarando que se trata de treinta y dos meses de prisión”.

A su turno, el sentenciador de primera instancia, que acogió el acuerdo precedente, hizo la tasación sobre los límites establecidos en el artículo 324 del C. P., antes de ser modificado por la ley 40 de 1993.

En estas condiciones es manifiesta la razón que le asiste al Agente del Ministerio Público porque de manera flagrante se ha vulnerado el principio de legalidad y, por consiguiente, el del debido proceso, en cuanto se dictó una sentencia con fundamento en una audiencia especial de terminación anticipada del proceso cuyo convenio se basó en una ley derogada (art. 324 del Decreto 100 de 1980). Consecuentemente, se dejó de aplicar la vigente, esto es la ley 40 de 1.993, en su artículo 30, que prevé para el homicidio agravado una pena de prisión que debe tasarse entre un mínimo de cuarenta (40) años y una máxima de sesenta (60) años.

En el caso concreto no se está en presencia, como aparece a simple vista, de una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 324 del decreto 100 de 1980 e inaplicación de la ley 40 de 1993, sino del desconocimiento de la garantía del debido proceso, porque hubo un acuerdo, supuesto del fallo, entre el fiscal y el acusado, en el que se infringió el principio de legalidad de la pena que prohíbe imponer sanción que no se encuentre establecida en norma vigente (art.29 C.N. y 1º del C.P.).

Por tal razón resultaría improcedente ajustar la sanción, en las condiciones actuales, a las previsiones de la ley 40 de 1993, debiéndose en cambio, invalidar la actuación desde que se presentó la causal de nulidad, esto es, a partir de la diligencia de audiencia especial para terminación anticipada del proceso.

Además, también se desconoció la legalidad de la pena cuando se efectuaron inadecuadamente los cálculos para dosificar la sanción, pues todas las aminorantes se tomaron sobre el total de la pena imponible y no sobre los residuos. Así, en la eventualidad de que el procesado fuera acreedor a las rebajas acordadas, sobre el monto de la pena que le corresponda deberá hacerse, en primer lugar, la disminución correspondiente a la ira; sobre el residuo, la de la confesión; y sobre el remanente, la de la sentencia anticipada.

El criterio utilizado en la sentencia puede llevar no sólo a imponer penas insignificantes sino, incluso, a dejar impune el delito y a que el Estado aparezca deudor del condenado, ya que, por ejemplo, si al total de la sanción imponible se le quitan las 2/3 partes por haberse actuado en estado de ira (si se estima que el procesado merece la máxima reducción del artículo 60 del C. P.), más 1/3 parte por confesión (art.299 del decreto 2700 de 1991) se habrá copado el quantum íntegro de la pena y sin que siquiera, por sustracción de materia, exista la posibilidad de descontar el tercio a que, teóricamente, tendría derecho, por haberse acogido a la sentencia anticipada.

Aparece claro que tal forma de tasación punitiva no solo viola el principio de legalidad, sino que pugna con una racional política criminal, desconoce la proporcionalidad que debe existir entre el hecho juzgado y la pena, la eficacia de la misma y el carácter plurifuncional a ella asignado, a más de conllevar una evidente injusticia.

En pasada oportunidad, y refiriéndose a la dosificación, la Sala Penal manifestó: “hoy cobra especial interés con la figura de la terminación anticipada de los procesos que

presupone la negociación de la pena. Es aquí donde mayormente se requiere de claridad y precisión para que el monto de pena señalado corresponda equitativamente a la gravedad del hecho atribuido, pues con criterios tan benignos como los que suelen usarse y con la serie de rebajas automáticas que prevé el legislador, termina el Estado dejando impune la conducta gravemente reprochada social y legalmente". (Casación No.8485. Agosto 24/94. M.P.Dr.Dídimo Páez Velandia).

Por otra parte, la Comisión de Evaluación de la Política de sometimiento a la Justicia, organismo consultivo del Ejecutivo, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, de la cual hicieron parte, entre otros funcionarios, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la Nación, expresó: "en los casos en que proceda la acumulación de beneficios y salvo específicas exigencias normativas, cada rebaja se debe hacer en la sentencia en forma independiente tomando como base la pena que quede después de efectuado cada descuento; o sea, reevaluar la práctica de sumar los diferentes descuentos y luego sí aplicarlos al total de la pena".

Así las cosas, es imperativo declarar la nulidad de toda la actuación, a partir de la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, inclusive, para que se reponga de conformidad con la legislación vigente y aplicable a este caso.

Considera la Sala pertinente acceder a la solicitud del Ministerio Público, ordenando la compulsación de copias para que los funcionarios competentes determinen, si es del caso investigar al juez, al fiscal, y a los agentes del Ministerio Público que intervinieron en este proceso a partir de la diligencia de audiencia especial, pues no aparece suficientemente claro que se hayan cometido tantos errores, como aplicar una ley derogada, efectuar una acumulación de beneficios indebida y reconocer una reducción de pena por confesión, sin el debido análisis.

Son suficientes las consideraciones pertinentes, para que la Sala de Casación Penal

de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVA

1.- DESESTIMAR LA DEMANDA

2.- CASAR oficiosamente el fallo motivo de este pronunciamiento y como consecuencia de esta decisión decretar la nulidad de todo el proceso a partir de la audiencia especial para terminación anticipada del proceso, inclusive, con el fin de que se reponga la actuación de conformidad con las leyes vigentes aplicables a este caso.

3.- COMPULSAR las copias a que se hace referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen y cúmplase.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA
PINZON

ALVARO ORLANDO PEREZ

Conjuez

NO FIRMO

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR
Con Aclaración

de Voto

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

AUDIENCIA ESPECIAL

(Aclaración de Voto)

Proceso No. 9124

ACLARACION DE VOTO

Busco enfatizar, en esta aclaración de voto, el fundamento de la nulidad no obstante estarse, en el fondo, frente a un vicio in iudicando, es decir, frente a una violación de la ley sustancial. Si bien es cierto que la sentencia deja de aplicar la disposición de la ley 40 de 1993 que prevé para el homicidio agravado una pena que oscila entre 40 y 60 años de prisión, y en cambio aplica, indebidamente, el art 324 del Decreto 100 de 1980, que establecía una pena de 16 a 30 años de prisión, lo que acá resulta determinante es que ello se manifiesta a través de un error de actividad, en la especie de error de estructura, razón por la cual no es posible acudir al proferimiento de sentencia de reemplazo para subsanarlo.

El artículo 37 del C. Penal implicaba mucho más que un auto de cargos o resolución acusatoria, en el sentido de que la imputación que dentro de la audiencia allí regulada debía hacer el Fiscal, necesariamente tenía que generar un acuerdo con el procesado “acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible” A su turno el Juez, si “considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de

conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios". Pero si el Juez consideraba ilegal el acuerdo por razón de la calificación dada al hecho, de sus circunstancias o de la pena imponible, o porque no estaba respaldado en prueba suficiente, debía proferir auto interlocutorio que improbara dicho acuerdo, recurrible por el sindicato, el fiscal o el ministerio público, cuya ejecutoria, de darse, implicaba la preclusión de toda oportunidad de nuevo acuerdo, así como la imposibilidad para Juez y Fiscal de volver a conocer del asunto.

Aplicado éste procedimiento al caso concreto, ha de decirse que ante la infracción de la norma sustancial que consagraba otra pena para el homicidio allí juzgado, y por contera del mandato constitucional que proscribía la imposición de pena no prevista en ley vigente en el momento de realizarse el hecho, el Juez debió abstenerse de aprobar el acuerdo. No actuó así, que era lo que le ordenaba la ley procesal, y optó por dictar sentencia que necesariamente tenía que atenerse al acuerdo pues así circunscribía la ley de procedimiento su contenido normativo.

Por esa vía – y eso es lo que por lo menos explica la confirmatoria del Tribunal Superior – el ad- quem entendió que como no podía reformar en peor, estaba obligado a fallar respetando el acuerdo y que debía limitarse a considerar las impugnaciones de los sujetos procesales. No acató que ante la violación del precepto constitucional estaba compelido a abstenerse de fallar de fondo y que, en cambio, debió disponer que el funcionario de primer grado improbara el acuerdo, o simplemente revocar la sentencia y declarar improbadamente el acuerdo (la ley no reguló expresamente el punto, por lo que estimó viables en principio, ambas posibilidades).

De esa manera, entonces, la ley procesal vinculaba rígidamente los acuerdos, (en tanto juicios de adecuación de los hechos a los preceptos de derecho sustancial), con la actividad procesal y con el contenido material de la sentencia. La ley procesal extremaba, mucho

más que ahora lo hace respecto de la resolución acusatoria, el principio de congruencia, de manera tal que el remedio del error in iudicando no podría operar a través de la modificación del fallo sino únicamente a través del regreso a la etapa procesal donde se originó el vicio. Para regresar allí no se podía sino acudir a la anulación del trámite posterior al acuerdo, pues fué a partir de la omisión de control en que incurrió el Juzgador, cuando se contaminó el procedimiento.

De manera que, como lo afirma el fallo de la Corte, acá no se está estrictamente ante una violación directa de la ley sustancial. Es que ella, como causal de Casación, supone que dicha infracción se produzca en la sentencia, y es por eso que la Corte la remedia dictando fallo de reemplazo que aplica correctamente el precepto sustancial correspondiente. Ahora bien, aunque el esquema de ésta clase de procesos varía frente al del proceso ordinario, yo en lo personal estaba más del lado de que la nulidad no cobijara el acto de audiencia, pues no es en él donde falla el control de legalidad, ya que los cargos que allí formula el Fiscal no son resolución de acusación, ni se constituyen en ley del proceso. Esos cargos equivalen, prestan la función de la acusación; pero como el acuerdo podía ser improbadado, no necesariamente se tenía que dictar sentencia en consonancia con ellos. Podría parecer sutil la variación del esquema, pero al fin y al cabo la implica, hasta el punto de que anulando el acto de audiencia, podía celebrarse otro, intentarse de nuevo, conseguir un nuevo acuerdo. En cambio, por la vía de la improbación, precluía toda nueva probabilidad de acuerdo. A la postre, dejar abierto ese camino me condujo a votar y suscribir la decisión tal cual quedó porque redundaba en mayor garantía para el acusado.

No ignoro, por supuesto, los riesgos que de cara a la dilación del proceso, a las prescripciones, a las excarcelaciones por vencimiento de términos suelen producir estos reenvíos y todo ello precisamente era lo que me hacía dudar. Amén de que la ley procesal incorporó el principio del carácter residual de la nulidad cuando otra sanción procesal u otro remedio pueden resolver el vicio in procedendo.

Valga anotar que las tendencias en la Sala fueron diversas. En principio algunos consideraron que el Juez podía optar entre la nulidad del acuerdo o la improbación, algún otro consideró únicamente posible la anulación (por la índole del vicio en tanto violatorio del mandato de legalidad de la pena como principio constitucional) y el suscrito sostuvo como punto de partida que únicamente podía improbar. Queda pues expuesta y ampliada la razón por la cual finalmente incliné mi voto hacia la sanción de nulidad en este caso concreto.

CARLOS E MEJIA ESCOBAR.

Sept. 6/96