

## AUDIENCIA ESPECIAL/ PENA/ CONCURSO/ CONEXIDAD/ UNIDAD PROCESAL

Si el primer intento para la celebración de audiencia especial fracasó como consecuencia de la inasistencia del defensor en manera alguna puede derivarse de ello la vulneración del debido proceso por desconocimiento de las garantías procesales, porque el llamado a estar atento a la práctica decretada por el Fiscal es precisamente el interesado que incumplió y nadie puede beneficiarse ciertamente de su propia incuria.

2.-El artículo 26 del C.P. es una norma de las denominadas “modificadoras de los extremos punitivos” que el legislador fijó en los respectivos tipos penales, vale decir, que para el caso concreto -por haberse partido del mínimo precisamente- la pena aplicable era de 10 a 20 años de prisión, luego la punibilidad deducida ciertamente está distante de la suma aritmética de penas que se tendría si cada uno de los hechos punibles deducidos se hubiesen juzgado separadamente, que es lo que trata de evitar el legislador con las figuras del concurso y de la conexidad al imponer su juzgamiento a través de la unidad procesal.

Proceso No. 9187

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR.DIDIMO PAEZ VELANDIA

Aprobado Acta N°58

Santafé de Bogotá, D.C.,dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis.

Conoce la Corte del recurso de casación incoado por el defensor del procesado ALVARO GARCES MUÑOZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en la que por confirmación de la de primera instancia se le condena por el delito de Homicidio en concurso homogéneo y sucesivo.

#### HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

En la tarde del 30 de agosto de 1992, llegó Bernabé Garcés Muñoz en compañía de su hermano Alvaro a su residencia ubicada en el barrio Villa Helena norte, primera etapa, de la ciudad de Bucaramanga, encontrándose en el umbral de la puerta de acceso a su vivienda con los ciudadanos José Eduardo Villanueva Luna y Pedro Oliveros Torres, quienes se dedicaban a conversar. Bernabé, quien desde tiempo atrás sostenía diferencias con José Eduardo, increpó a éste por su supuesta participación en un atentado contra la propiedad de que había sido objeto su compañera Paulina Rojas y de ello surgió una acalorada discusión que culminó, a consecuencia de los disparos de arma de fuego que hizo ALVARO GARCES sobre la humanidad de Villanueva y Oliveros Torres, con la muerte del primero en el mismo sitio de los acontecimientos al paso que al segundo, lo remató mientras herido corría a refugiarse en su residencia.

La investigación la asumió la Fiscalía 24 de la Unidad de Previas y permanente de la ciudad de Bucaramanga, la cual una vez evaluadas las primeras diligencias de indagación pasó el expediente a la Unidad de Fiscalía Especializada de su seccional, correspondiendo el conocimiento del caso al Fiscal Cuarto, quien definió situación jurídica al procesado en Septiembre 9 de 1992, con detención preventiva por el doble delito de homicidio en las personas de José Eduardo Villanueva Luna y Pedro Oliveros Torres.

El mismo Fiscal calificó el mérito del sumario, con resolución

acusatoria el 4 de enero de 1993, comprometiendo a GARCES MUÑOZ como autor material del doble homicidio simple referido.

Recurrida la decisión en apelación por la defensa, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, la confirmó íntegramente en providencia de febrero 9, iniciándose así la etapa del juicio que estuvo a cargo del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, el que practicó pruebas en la causa, celebró la respectiva audiencia pública y profirió, en Junio diecisiete de 1993, sentencia de condena en contra de ALVARO GARCES MUÑOZ, imponiéndole la pena principal de dieciséis años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez años. Negó además el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y le impuso la obligación de resarcir el daño civil ocasionado con los delitos, tasando los perjuicios materiales en la suma de \$286.808.00 por daño emergente y por lucro cesante, el equivalente a seiscientos gramos oro, y los morales en doscientos gramos de dicho metal, haciendo beneficiarios de ellos a la compañera permanente del occiso José Eduardo Villanueva y a los padres del también obitado Pedro Oliveros Torres.

Del fallo en cuestión conoció por vía de alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, confirmándolo en octubre 11 de 1993 mediante el suyo, contra el cual recurrió extraordinariamente en casación la defensa.

## LA DEMANDA

Con invocación de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del C.de P.P., dirige el censor un cargo único en contra de las sentencias por ser “violatorias de una norma sustancial” (artículo 61 del Código Penal).

Como modalidad del error en la aplicación de la preceptiva sustancial aduce el de derecho y explica, entonces, que éste se dió en la medida en que no

obstante reconocer los fallos de primera y segunda instancia que en la conducta atribuída a su cliente concurrieron varias circunstancias de atenuación punitiva, verbi gratia su presentación voluntaria a las autoridades, su buena conducta anterior, el haber actuado bajo los efectos del alcohol y haber sobrevenido el hecho después de una agria discusión con las víctimas, esos fallos emitidos no son consecuentes con tal reconocimiento porque al tasar el primero la pena imponible al procesado y teniendo como base el dicho reconocimiento, termina imponiendo una pena que no corresponde con el mismo, confirmada luego por el Tribunal, aproximándose extrañamente al tope que derivaría de una suma aritmética de penas teniendo en cuenta que se trató de dos homicidios simples, con lo que materializó un injusto en la medida en que aquello de lo que legalmente debía derivar el procesado un beneficio, vino a resultarle mayormente gravoso, por una aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal.

Como consecuencia de sus asertos, el censor impetra la infirmación del fallo atacado y el proferimiento de uno sustitutivo que se acomode a las propias razones aducidas por los sentenciadores de instancia cuando se ocuparon de la tasación de la pena.

#### EL PROCURADOR

Sin referirse inicialmente a la demanda de casación presentada consigna la Procuradora Segunda Delegada en lo Penal, encargada, sus propias razones que, dice, son suficientes para derrumbar el fallo y dejar sin valor lo actuado a partir inclusive del auto por medio del cual se clausuró la investigación (el de diciembre 9 de 1992).

Argumenta la Delegada que el procesado ALVARO GARCES MUÑOZ solicitó desde la misma etapa de investigación y ante el propio Fiscal Instructor

la celebración de la audiencia anticipada del artículo 37 del C. de P.P. previa la negociación de la pena, sin que tal prerrogativa legal le fuera atendida, pues nunca llegó a celebrarse el susodicho acto.

Agrega el Procurador que aunque se hizo un primer intento para la práctica de la audiencia de terminación anticipada del proceso, sin que hubiese sido posible evacuarla en aquella ocasión por la inasistencia del defensor, no aparece dentro del plenario constancia relativa al hecho del por qué dejó de practicarse en la segunda fecha que fijó la Fiscalía, no obstante que figuran constancias sobre la solicitud de remisión del preso para su práctica y el enteramiento personal del defensor lo que, a su modo de ver, indica una evidente contrariedad entre aquello que manda el principio del debido proceso y lo que surge de la realidad procesal, esto es, la vulneración de las garantías procesales, porque al sindicado debió garantizársele el agotamiento de aquel mecanismo procesal orientado a la terminación anticipada del proceso.

Posteriormente, a instancia de la Corte, el Delegado encargado se pronunció desfavorablemente a la prosperidad de la demanda por carecer de fundamento, según las reflexiones plasmadas en los fallos de las instancias para deducir la dosificación punitiva.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Se ocupará previamente la Sala de la propuesta de la Delegada, orientada a la invalidación del rito por haberse pretermitido un paso esencial del mismo pues, de prosperar resultaría innecesario ocuparse de los cargos referidos en la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ALVARO GARCES MUÑOZ.

Si bien es cierto que la situación fáctica sobre la cual apoya la tesis

la Delegada tiene asidero en la realidad procesal, pues es verdad que el procesado por iniciativa propia y ante el Fiscal Instructor solicitó la práctica de la audiencia especial en cita, también lo es que su no práctica tiene una explicación y connotación procesal diversa de la dada por el proponente. En efecto: nótese, ante todo, que no fue producto de la negligencia del Fiscal instructor el que no se hubiese celebrado dicho acto, pues fueron dos las fechas que fijó aquél para ello, y tampoco hubo descuido de la secretaría, porque oportunamente se hicieron las citaciones respectivas y se solicitó al detenido en remisión solo que, llegada la primera fecha fijada para ese acto, no acudió el defensor del procesado imposibilitándose así la práctica de la susodicha audiencia; mientras que, en relación con la segunda fecha señalada, emerge, así inexistente de ello constancia procesal expresa, que tampoco por descuido o desinterés del funcionario no logró llevarse a cabo la audiencia especial de juzgamiento anticipado.

Es evidente que si el primer intento para la celebración de dicha audiencia fracasó como consecuencia de la inasistencia del defensor, que era el mismo que recurre en casación y el autorizado por la norma vigente entonces (art.37 C.P.P.) para negociar la pena con el Fiscal y el procesado, en manera alguna puede derivarse de ello la vulneración del debido proceso por desconocimiento de las garantías procesales, porque el llamado a estar atento a la práctica decretada por el Fiscal era precisamente el interesado que incumplió (el defensor) y nadie puede beneficiarse ciertamente de su propia incuria. Ahora bien, que tampoco en la segunda fecha fijada se hubiese logrado la práctica de dicha audiencia, no sugiere ni menos se confirma la vulneración que destaca la Delegada, porque la Fiscalía cumplió con citar en la forma legal exigida a quienes debían concurrir al acto. Si no existe constancia dentro del proceso del motivo que impidió en esa segunda ocasión la práctica de la audiencia especial de juzgamiento, ello obedece a un yerro secretarial que en nada desdibuja el propósito que incentivó al Fiscal de proteger y garantizar las formas procesales y respetar aquella prerrogativa legal de acceder a una sentencia anticipada que, por lo demás, con razón, su no

realización no se alegó por los directos interesados en las instancias ni en esta sede casacional como desconocimiento de sus derechos; pero obsérvese que ni siquiera se insistió en tal pedimento, con lo que implícitamente ha de entenderse que desestimaba la conveniencia de la diligencia, limitándose la defensa a impetrar el allegamiento de otros elementos de convicción (folios 78, 83 y 85 del cuaderno original No 1), e instando con ello a la Fiscalía Instructora a proseguir el trámite ordinario del proceso, como efectivamente sucedió. La conducta concluyente asumida por la defensa que, por lo demás, estaba notificada de la citación a audiencia anticipada (fol.73 v.), no permite duda sobre su cambio de opinión en calidad de parte interesada en el asunto y, por tanto, sobre la inexistencia de irregularidad sustancial alguna por parte de los administradores de justicia.

Carece entonces de sustento legal la supuesta vulneración del debido proceso y de la defensa, por lo que se desatenderá el reclamo de nulidad oficiosa que formula la Procuraduría Delegada.

2.- Respecto de la demanda presentada, encuentra la Corte que aunque no precisa el sentido de la violación de la ley sustancial (directa o indirecta), como ha debido hacerlo, claro resulta del desarrollo que el reproche se funda en una violación directa por aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal.

El actor sostiene que, a esa violación se llegó porque no obstante haberse reconocido en el fallo de primer grado, confirmado luego integralmente por el Tribunal, que en la conducta atribuída a GARCÉS MUÑOZ concurrían plurales circunstancias genéricas de atenuación punitiva, la pena que en definitiva se impuso al acusado lejos estuvo de materializar las consecuencias de favor que se derivaban de dicho reconocimiento, acercándose, en cambio, la tasación al tope máximo derivado de una suma aritmética de penas, por el concurso de delitos materia del juzgamiento, lo que es indebido.

Carece de razón el impugnante en el cuestionamiento que hace a los fallos de las instancias, pues si se examinan detenidamente los contenidos de éstos habrá de concluirse necesariamente que ninguno de ellos incurrió en el yerro que destaca la demanda. En efecto: el Juzgado, si bien anunció que dosificaría la pena de acuerdo con los criterios señalados en el artículo 61 del Estatuto punitivo, al hacerlo dijo: "...el delito de homicidio que preceptúa el artículo 323 del Código Penal, determina que el que matare a otro incurrirá en prisión de DIEZ A QUINCE AÑOS, de tal modo que partiremos de su mínimo, es decir, de DIEZ (10) AÑOS, sin embargo, por presentarse la figura del concurso conforme al artículo 26 Ibidem, pues las acciones desarrolladas por ALVARO GARCES MUÑOZ, recayeron en dos personas, JOSE EDUARDO VILLANUEVA LUNA y PEDRO OLIVEROS TORRES, deberá incrementarse los DIEZ AÑOS en SEIS (6) AÑOS MAS, lo que quiere decir, que la pena a señalar como principal a ALVARO GARCES MUÑOZ, será de DIECISEIS (16) AÑOS DE PRISION, que deberá purgar en el establecimiento carcelario que le designe el Gobierno Nacional, como autor responsable del delito de HOMICIDIO en JOSE EDUARDO VILLANUEVA y PEDRO OLIVEROS TORRES. Como pena accesoria se le impondrá la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo de diez años". (fl.87 C.1, las negrillas fuera de texto).

Por su parte, cuando el Tribunal al revisar el fallo sostiene que el a quo para fijar la pena "sí tuvo en cuenta los criterios dosimétricos de los artículos 61, 64, 66 y 67 del Código Penal", no lo hace con el alcance que le atribuye el casacionista, ya que seguidamente sostuvo dicha Corporación: "pues partió del mínimo de diez años de prisión señalado en la norma aplicable, esto es, el artículo 323 del estatuto punitivo, pero como se trataba de un concurso de homicidios siguiendo lo normado en el artículo 26 le aumentó seis años, para un total dieciseis años de prisión, pena justa y equitativa en consideración a las circunstancias que rodearon los hechos..." (fl.48 C. de Tribunal, la negrilla fuera de texto).

Lo sostenido por el Tribunal es, entonces, sencillamente la explicación

del por qué se aplicó el mínimo de la sanción en el presente caso, esto es, con total respeto de los “criterios legales para fijar la pena” (art.61) y según las circunstancias genéricas de “atenuación punitiva” (art.64) y de “agravación punitiva” (art.66), porque perentoriamente el art.67 ordena que “Sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurren exclusivamente de atenuación...”. Por ello, el párrafo siguiente del Tribunal, que transcribe la demanda : “Hechas estas precisiones, a juicio de la Sala, el cognoscente realizó una acertada tasación de la pena e impuso una justa y equitativa sanción, en consideración a que concurren plurales circunstancias de atenuación punitiva...” (fl.51 C.Tribunal).

Por manera que cuando la defensa ataca la sentencia por violación directa del artículo 61 del C.P. por lo que denomina indebida aplicación o “aplicación al revés” de ese precepto, doblemente desacierta: primero, porque las instancias al determinar la pena más grave aplicable seleccionaron la del homicidio cuyo mínimo era de diez (10) años de prisión (art.323 C.P.) y de ese mínimo partieron en consideración a “las plurales circunstancias de atenuación” existentes, en acatamiento estricto del contenido de los artículos 61 y 67 del Estatuto punitivo, para hacer el incremento ordenado en el artículo 26 del C.P. y, lo segundo, porque los seis años que aumentaron a ese mínimo no fueron en razón al precepto que cita como violado, el art.61, sino al que regula el concurso (art.26), luego si su inconformidad se circunscribía a dicho incremento, obviamente era su deber señalar este precepto y no aquél, como la norma sustancial aplicada indebidamente.

Ahora, es verdad que el casacionista al desarrollar el cargo alude al artículo 26 del C.P., pero lo hace apenas tangencialmente cuando refiriéndose en concreto al artículo 61, dice: “En otras palabras se aplican pero al revés. En lugar de beneficiar perjudican pues a diez y seis (16) años solo le faltan cuatro (4) para producir una acumulación francamente aritmética, vulnerando igualmente el artículo 26

del Código Penal” (fl.63), es decir, incurre en falla técnica insalvable toda vez que desarrolla la violación directa de un precepto sustantivo no enunciado en el cargo como aplicado indebidamente y, además, su afirmación queda como simple enunciado, esto es, huérfana de demostración alguna lo cual necesariamente implica el fracaso del reproche.

De otra parte, olvida el casacionista que el artículo 26 del C.P. es una norma de las denominadas “modificadoras de los extremos punitivos” que el legislador fijó en los respectivos tipos penales, vale decir, que para el caso concreto - por haberse partido del mínimo precisamente- la pena aplicable era de 10 a 20 años de prisión, luego la punibilidad deducida ciertamente está distante de la suma aritmética de penas que se tendría si cada uno de los hechos punibles deducidos se hubiesen juzgado separadamente, que es lo que trata de evitar el legislador con las figuras del concurso y de la conexidad al imponer su juzgamiento a través de la unidad procesal.

Carece, entonces, de fundamento el cargo formulado en la demanda pues no hubo indebida aplicación de los artículos 61 y 26 del C.P.; ambas instancias al dosificar la pena hicieron uso adecuado de la discrecionalidad que les daba la ley para moverse dentro de unos límites legalmente determinados y en desarrollo de ella, impusieron la pena privativa de la libertad que consideraron justa frente al doble homicidio simple imputado al procesado.

No prospera, en consecuencia la demanda.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

NO CASAR el fallo impugnado extraordinariamente. En firme,

regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

FERNANDO E.ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS A.GALVEZ ARGOTE

CARLOS E.MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

SECRETARIA