

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

AP4918-2018

Radicación n° 52220

Acta 382

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala acerca de la solicitud elevada por el acusado OMAR ALEXANDER ORDOÑEZ PLAZA no recurrente, mediante la cual pide declarar la prescripción de la acción penal.

HECHOS

En la sentencia de segunda instancia se resumen de la siguiente manera:

“Tal como se extrae de la lectura del expediente, se tiene que la génesis de la investigación se remonta al mes de mayo del año 2006, en atención a la información suministrada a la Unidad de Estructura de Apoyo Zona Norte del C.T.I por parte de organismos de investigación norteamericanos, donde se referenciaba que a través del abonado telefónico 3114613079 existían comunicaciones de personas que se dedicaban al negocio del narcotráfico, los cuales tenían centro de operaciones la Costa Caribe colombiana, además de nexos con carteles de países centroamericanos, Europa y Estados

Unidos.

A partir de tal información, y con el fin de desarticular a dicha organización, se ordenó la interceptación del abonado celular aludido, además de otros números que en el decurso de la investigación surgieron, lográndose la individualización y posterior identificación de los integrantes de la banda dedicada al tráfico de estupefacientes. Así mismo, fruto de las interceptaciones realizadas se logró en los meses de junio y septiembre del año 2009, la incautación de sustancia estupefaciente como también armas de uso privativo de las fuerzas militares, en los municipios de San Pedro (Sucre) y San Sebastián (Magdalena), donde fueron decomisados más de 600 kilos de cocaína capturándose a varias personas”.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

El procesado señala que sin pruebas, el Tribunal Superior de Cartagena le impuso ochenta (80) meses de prisión por el delito de concierto para delinquir agravado.

Expresa que ante esa Corporación otro de los coacusados solicitó la prescripción de la acción penal, la cual en decisión del 13 de septiembre de 2017 fue negada, aduciendo que el delito tiene pena máxima de doce (12) años de prisión y para esa fecha habían transcurrido sólo 5, años, 8 meses y 28 días.

Manifiesta que la Sala de esta Corte en providencia del 16 de mayo de 2018 negó la prescripción de la acción penal solicitada por el abogado de ROBERTO RAFAEL CONTRERAS BOLÍVAR, invocando la Ley 1121 de 2006 que aumentó la pena para el concierto para delinquir agravado al fijarla en ocho (8) a dieciocho (18) años de prisión.

Considera que tal determinación desconoce la autonomía del Tribunal Superior, “quien en su fallo no advierte ninguna circunstancia de agravación punitiva, ni hace referencia a la Ley 1121”.

Aduce que la aplicación de dicha ley afecta los derechos fundamentales de la libertad y el debido proceso, en el sentido de aumentar el tiempo para efectos de la prescripción de la acción penal, trayendo a colación el salvamento de voto contra la referida decisión.

En consecuencia estima que la prescripción operó en este asunto, dado que el fallo condenatorio de segunda instancia no está en firme.

CONSIDERACIONES

La Sala reitera que la aplicación del artículo 19 de la Ley 1121 de 2006, para efectos de determinar si en este asunto ha prescrito la acción penal, no vulnera el principio de reformatio in pejus ni afecta la libertad personal del acusado ORDOÑEZ PLAZA.

En principio la posición adoptada por la Sala en esta decisión no contraviene lo sostenido de tiempo atrás, en el sentido de que la calificación jurídica de la conducta definida en la sentencia de segunda instancia, constituye el marco jurídico a partir del cual debe establecerse si en un asunto determinado ha acaecido el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

En efecto, en este caso se respeta la calificación jurídica de los hechos impartida en la acusación y en el fallo atacado, la cual se mantiene inmodificable en sus dos aspectos: fáctico y jurídico. Conforme con ello, no se trata de la imputación de nuevas circunstancias de agravación o atenuación punitivas que conforme con el inciso 4º del artículo 83 del Código Penal modifican la pena del delito imputado.

Ahora bien, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado no guarda relación mediata con la reformatio in pejus, toda vez que la primera se refiere al tiempo para investigar y sancionar una conducta punible, mientras la segunda a la imposibilidad de agravar la “sanción” cuando se dan los supuestos establecidos en el artículo 31 inciso in fine de la Carta Política. Uno y otro son fenómenos distintos, y por tanto, diferenciables.

Además, la ley dispone que la acusación contenga “la calificación jurídica provisional”, numeral 3 del artículo 398 de la Ley 600 de 2000, y que la sentencia sea consonante con los “cargos formulados” en ella, numeral 2 del artículo 207 de la Ley 600 de 200, sin imponer la obligación de señalar la sanción imponible y los límites mínimos o máximos en los que el juzgador se ha de mover al momento de individualizarla ante la eventual condena del acusado.

En tales condiciones, la equivocación en la pena prevista para el delito al momento de su ejecución y no en el proceso de determinación de los mínimos y máximos aplicables a su autor, no puede enervar el ejercicio de la acción penal bajo el supuesto de la infracción de la “reformatio in pejus”, porque en últimas el establecimiento del acaecimiento de ese fenómeno a partir de la pena legalmente establecida para el delito no lesiona el debido proceso.

En efecto, a partir de la vigencia de la citada disposición legal, 29 de diciembre de 2006, la pena del delito de concierto para delinquir agravado es prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años, toda vez que modificaba expresamente el inciso 2º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002, de modo que el cometido con posterioridad a esa fecha apareja esa sanción y ninguna otra.

Esto es, que para el hecho punible de concierto para delinquir existe una única pena, la cual no es otra que la señalada, de manera que si por “error” los juzgadores al momento de determinar la sanción a imponer a los acusados tuvieron en cuenta una que no existía, terminaron favoreciendo al peticionario; luego la circunstancia de tener ahora en cuenta la correcta para establecer si la acción penal se encuentra prescrita, no afecta ninguno de los derechos invocados.

El de libertad ante la imposibilidad de corregir el error judicial que lo favorece no resulta lesionado, dado que la pena impuesta es inmodificable y por tanto sigue siendo parámetro

para solicitar los beneficios judiciales y administrativos a los cuales tenga derecho.

El del debido proceso tampoco, toda vez que la calificación jurídica del delito es la misma; ORDOÑEZ PLAZA sabía que era juzgado por concierto para delinquir agravado y por él se le condena en segunda instancia, sin que al decidir la petición se haya imputado “una circunstancia de agravación punitiva”, sino tenido en cuenta la pena legal en abstracto fijada para la conducta.

Para efectos de determinar el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, en los términos del artículo 83 del Código Penal, se considera en abstracto la pena legal máxima fijada en la ley para el hecho punible y no la que constituyó fundamento del proceso de individualización para establecer los límites mínimos y máximos aplicables de la sanción concreta.

Aun cuando casi siempre la determinación de esta parte de aquella, el error en su concreción no incide ni modifica el término de prescripción de la acción penal, el cual corresponde inevitablemente a la sanción penal abstracta señalada en el tipo penal respectivo.

En este sentido, contrario a lo afirmado ningún derecho resulta lesionado o afectado cuando para determinar la causa extintiva de la acción penal, se tiene en cuenta la pena que para el momento de comisión del delito preveía la ley, salvo los casos de favorabilidad penal que no es predicable en este asunto, en tanto no se trata de un supuesto de tránsito de legislación que permitiera entrar a establecer cuál pena era la aplicable a partir de ese principio.

Finalmente esta decisión no desconoce la autonomía del juez, toda vez que no modifica los aspectos sustanciales del fallo relativos al delito, al autor, a la responsabilidad y a la pena impuesta.

Ahora bien, conforme con el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución de acusación debidamente ejecutoriada, por lo que

producida la interrupción del término “este comenzará a correr de nuevo” por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83.

De modo que si la acusación causó ejecutoria material el 16 de diciembre de 2011, y la pena máxima prevista para el delito de concierto para delinquir agravado es dieciocho (18) años, el término de prescripción en el juicio es de nueve (9) años.

Así las cosas en este asunto la acción penal prescribe el 16 de diciembre de 2020, razón suficiente que lleva a la Sala a negar la petición de ORDOÑEZ PLAZA.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Primero.- Negar la prescripción de la acción penal solicitada por OMAR ALEXANDER ORDOÑEZ PLAZA, conforme con las consideraciones de la anterior motivación.

Segundo.- Una vez Ejecutoriada esta decisión, vuelvan las diligencias al despacho para decidir acerca de la demanda de casación.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria