

Bogotá, D. C., octubre 5 de 2020

Señor Doctor

HUGO QUINTERO BERNATE

Honorables Magistrados

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal

Ciudad

Referencia: Casación Nro. 56746 (25269600000020140001101)
Asunto: Sustentación

Con mi acostumbrado respeto por la Magistratura, comparezco ante la honorable Corte Suprema de Justicia para presentar alegatos adicionales a la Demanda de Casación. Solicito por favor tener en consideración los argumentos que ya obran.

El 21 de septiembre de 2018, el Juzgado Penal del Circuito de Funza Cundinamarca, realiza audiencia de verificación de preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 01 Seccional de Facatativá y el Acusado WISTON HERNÁNDEZ ROMERO, emitiendo aprobación y sentido de fallo por el delito de adopción irregular tipificado en el artículo 232 de la Ley 599 de 2000. La sentencia de primera instancia es proferida el 04 de abril de 2019 por efectos del preacuerdo. Esta defensa presentó recurso de apelación contra el Fallo al considerar que el señor Juez agravaba la situación del condenado al incluir en la condena una pena accesoria que no había sido objeto de preacuerdo, el cual no fue cuestionado.

En sede de apelación el Tribunal Superior de Cundinamarca, en las sesiones de 17 de septiembre y 01 de octubre de 2019, ratifica en su integridad la decisión del A quo, reafirmando la imposición de la pena accesoria correspondiente a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de medicina, la que, reitero, no fue preacordada. Allí mismo negó la petición de prescripción de la acción penal y su preclusión, solicitada oportunamente por el fenómeno prescriptivo acaecido durante el tiempo que uso el Juzgado para aprobar el preacuerdo y la emisión de los Fallos de Primera y Segunda Instancia.

Primer Cargo

El primero de los cargos corresponde con la afectación sustancial del debido proceso al condenar a WISTON HERNÁNDEZ ROMERO, por un

punible que se encontraba prescrito. Está probado que cuando se decide el recurso de apelación y profiere el Tribunal el Fallo de Segundo Grado, ya habíamos superado el término prescriptivo máximo de la pena descrita en el artículo 232 *ibidem*.

En los términos del artículo 86 del Código Penal, el tiempo prescriptivo de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación, lo que ciertamente ocurrió el 28 de julio de 2015, cuando el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Garantías de Facatativá Cundinamarca, desarrolló la audiencia de imputación a WISTON HERNÁNDEZ ROMERO.

Sin embargo, la misma norma reduce a la mitad ese lapso limitador de la acción y en concordancia con el artículo 292 de la Ley 906, lo condiciona siempre a que el mínimo de prescripción no puede ser inferior a 3 años o 36 meses.

Y la nueva interrupción durante la etapa del juicio y después de imputación, pertenece a la Sentencia de Segundo Grado, según lo fija el artículo 189 de la Ley Procesal.

En el caso bajo estudio, los extremos temporales quedan demarcados entre la imputación el 28 de julio 2015 y la Sentencia de Segunda Instancia que corresponde al primero (1°) de octubre de 2019, alcanzando así el transcurrir por encima de los cincuenta (50) meses.

El delito preacordado y por el que se dictó sentencia es el de Adopción irregular del artículo 232 y su pena fijada es prisión de uno (1) a cinco (5) años (hoy dieciséis (16) meses a noventa (90) meses), toda vez que lo pactado no aplicó agravantes, quedando el punible estipulado en simple.

De acuerdo con en el artículo 62 de la Ley 906 existen algunas causas que suspende la actuación procesal.

Ningún evento cumple con el requisito para suspender los términos prescriptivos de la acción penal y aun cuando una de ellas, la propuesta por el apoderado de Víctimas en el año 2016, fue declarada infundada, la misma no atañe porque no es de la defensa. En todo caso, solo transcurrieron 12 días entre la presentación (26-octubre-2016) y la decisión (8-noviembre de 2016).

Otro aspecto que influye en la prescripción de la acción, corresponde con el delito base para efectuar las cuentas temporales que dan paso al fenómeno, en especial, cuando la denominación jurídica ha variado entre el momento de la imputación y la calificación o acusación o al concertar un preacuerdo

que conlleva a esa calificación jurídica diferente. El tema ha sido debatido y desde la Ley 600, la Suprema Corte había decantado el asunto admitiendo que esa variación jurídica efectuada por el Fiscal al momento de la acusación, si era aceptada por el juez en la sentencia, pues condenaba por el delito variado, entonces, los sujetos procesales y el juez tenían que regirse por las condiciones que produjera ese tipo penal.

“...La modificación de la denominación jurídica solo es vinculante frente a la prescripción, cuando el cambio es acogido en la sentencia. "En efecto, ya en anterior pronunciamiento la Corte precisó(7) que de ninguna manera en la aludida decisión se avala o prohíja la existencia de un nuevo momento de interrupción del término prescriptivo de la acción penal, hito señalado de manera clara, explícita e inamovible en la Ley 600 de 2000, en la ejecutoria de la resolución de acusación.

Explicó además que en la citada decisión simplemente se insistió en una doctrina inveterada, pacífica y uniforme, de acuerdo con la cual, es en la sentencia, así no se encuentre ejecutoriada, donde se definen los contornos de la imputación jurídica de la conducta delictiva que han de servir de baremo para estimar o calcular la configuración o no del fenómeno de la prescripción de la acción, frente a las etapas que integran el proceso penal (8).

Y aclaró que el pronunciamiento de marras apenas hizo énfasis en un aspecto armónico con la aludida doctrina, consistente en que las modificaciones de la denominación jurídica del comportamiento reprochado, en los eventos en que el fiscal varía su calificación con sujeción al trámite previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, sólo resultan vinculantes frente a la prescripción, cuando tal cambio es acogido en la sentencia, pues sostener que la simple variación ocurrida en la audiencia pública de juzgamiento marca algún tipo de derrotero preciso con incidencia en la interrupción del término de prescripción, equivale a desconocer que tales cambios apenas representan una postura de parte, al punto que el juez puede decidir si para la sentencia acoge la nueva postura del fiscal u otorga pleno valor a la consignada en la calificación del mérito del sumario, sin que con una u otra decisión atente o desconozca el principio de congruencia entre la acusación y el fallo, como igualmente lo tienen decantado conocida y reiterada jurisprudencia de esta Sala.

En conclusión, se insiste, la interrupción del término de prescripción de la acción penal, deviene como un fenómeno eminentemente procesal que corre por ministerio de la ley y, en consecuencia, no puede ser variado so pena de afectar el debido proceso¹.

Según esta concepción, en el *sub lite*, al establecer el preacuerdo el delito de Adopción Irregular del artículo 232 de la Ley 599 de 2000 y aceptado en la aprobación del mismo y en la emisión del Fallo, entonces, este es el que rige los designios de la prescripción y no el otro delito que venía y que fue variado en su calificación jurídica.

También ha sostenido la honorable Corte Suprema en pronunciamiento del 31 de julio de 2016, que reitera la posición al referir sentencia de 3 de febrero de 2016, con radicación 43356.

“...Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no solo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes²...”

Esa fuerza vinculante que anuncia la jurisprudencia indica entonces que modificada la calificación jurídica del tipo penal a través del preacuerdo, con este acto legalmente reconocido en la ley, el juez al dictar la sentencia debe regirse por todas las afectaciones jurídicas que imponga la punibilidad llevada al Fallo, incluyendo el fenómeno prescriptivo si llega a sobrevenir. Y ascendiendo a la misma fuente jurisprudencial reitero la conclusión, “...la interrupción del término de prescripción de la acción penal, deviene como un fenómeno eminentemente procesal que corre por ministerio de la ley y, en consecuencia, no puede ser variado so pena de afectar el debido proceso”.

¹ Corte Suprema de Justicia - Casación Penal, Sentencia de marzo 11 de 2015, Rad. 45338. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

(7) CSJ. SP. 13 abr. 2011, rad. 35964.

(8) CSJ. SP 5 mar. 1996, rad. 8336 (fallo de revisión); SP. 13 mayo 2009, rad. 31424 y SP. 23 mayo 2012, rad. 35256 (fallos de casación). Criterio reiterado en autos de cesación de procedimiento del 15 de septiembre de 2010 y el 9 de agosto de 2011, radicaciones 34524 y 37082, respectivamente.

² Corte Suprema de Justicia – Radicado 46101 de julio de 2016

Nacen derechos fundamentales que fueron omitidos en el Fallo de Segundo Grado por el Tribunal de Cundinamarca, al desconocer la prescripción aduciendo que.

“...Precisamente en lo que tiene que ver con los términos de la prescripción de la acción penal, se debe acudir a aquél frente al que venía surtiéndose investigación, esto es, al previsto en el artículo 188C del Código Penal que contrae una pena principal de 30 a 60 años de prisión, cuyo máximo al ser reducido a la mitad desde la audiencia de formulación de imputación celebrada el 28 de julio de 2015, todavía no ha fenecido, lo que significa que la acción penal seguida en contra de los acusados aún no se encuentra presente³...”

El preacuerdo al surgir de una negociación autorizada y válida, goza del principio de legalidad, incluyendo la nueva tipicidad de la conducta que reemplaza la de la acusación. La condición fáctica - jurídica fruto de la aceptación de una culpabilidad consensuada, se erige en la única tipificación y objeto de acusación. Sostiene esa misma honorable Corporación, “...de conformidad con lo preceptuado en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, el preacuerdo obtenido entre la Fiscalía y el procesado funge como escrito de acusación, por tanto, ese es el referente a tener en cuenta a la hora de proferir la sentencia, en aras de salvaguardar el principio de congruencia⁴...”

En consecuencia, honorables Magistrados, reitero la petición descrita en la demanda, en el sentido de casar la sentencia y decretar la cesación de procedimiento.

Segundo Cargo

Las penas principales están previstas de manera clara y expresa como manifestación del principio de legalidad, en materia penal, específicamente en su relación con el principio de estricta legalidad, para garantía de la libertad de la persona y la dignidad humana. A su vez, las penas accesorias son aquellas que no tienen existencia propia y se aplican en compañía de las principales, unas de obligatoria imposición como acontece con la reglada en el artículo 52 y la constitucional dispuesta en el artículo 122 de carácter vitalicio.

“...De tiempo atrás la Sala ha precisado que la imposición de penas accesorias, salvo la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y sin perjuicio de las especiales consideraciones

³ Fallo de Segunda Instancia (17-sep-2019), páginas 5 y 6

⁴ Corte Suprema de Justicia – Radicado 46684 de fecha 23 de noviembre de 2016

que se han hecho frente a la privación del derecho a la tenencia y porte de arma (CSJ SP 2636 de 20015, Rad. 43881), debe estar precedida de una adecuada motivación sobre su procedencia y monto. Al respecto se ha resaltado que

[l]a única pena accesoria de imposición obligatoria aparejada con la de prisión es la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal, de manera que las demás relacionadas en el artículo 43 del mismo ordenamiento, son de imposición discrecional ...⁵

Así queda decantado que solo una de las penas accesorias es de imperativa aplicación, con lo que las demás, no son de imposición automática o consecuencia directa de la condena.

Esto es de vital importancia para el caso, pues, al no haber contemplado el preacuerdo esta opción accesoria, incluso, ni siquiera tomarla en el plano principal, donde aparece, entonces, el Fallador no podía arrogarse la facultad sancionadora, porque rompe las estructuras del preacuerdo y va más allá, agravando así la situación del procesado.

“...Ahora, la limitación del principio de estricta legalidad de la pena en punto de la elegibilidad de la sanción accesoria facultativa, se explica en que «no en todos los casos es justificado, desde el punto de vista de la prevención, la proporcionalidad y la necesidad de la pena, preestablecer efectos agregados a los contemplados por las penas principales frente a un determinado hecho punible, sin considerar las circunstancias y características concretas de su realización» [16].⁶”

Las garantías de legalidad se armonizan a su vez al derecho de defensa y al principio de congruencia en tanto que, esa relación directa con la conducta punible y la necesidad de una prevención de conductas similares, debe estar demostrada y ser objeto de imputación. Aquí, al llegar con un preacuerdo, era al Fiscal a quien le correspondía imponer o no tal agravante o pena accesoria. Sin embargo, es claro que no se aplicó en el preacuerdo. Si el señor Juez, en el evento que llegase a tener competencia para cuestionar la materialidad del preacuerdo, la cual no ostenta, hubiese considerado la necesidad de penas accesorias o agravantes, al momento de

⁵ Corte Suprema de Justicia - SP-2636-2015 - Radicación 43881 – 11 de marzo

⁶ Corte Suprema de Justicia – SP12043-2015 - Radicación N° 46390 de 9 septiembre de 2015 – Esta referencia [16] ... Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 339.

definir sobre la aprobación del preacuerdo tuvo la oportunidad y la obligación de pronunciarse, lo que no hizo y no podía componer unilateral y forzadamente al dictar el Fallo. Señala la honorable Sala Penal.

“...Cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, el principio de congruencia opera **de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial inexorablemente debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva**, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía, en cuanto permita el proferimiento del fallo (art. 351, num. 4° de la Ley 906). En tanto que en un proceso con todas sus etapas, la congruencia es flexible, pues se reivindica la consonancia entre las alegaciones finales y el fallo, oportunidad durante la cual a la Fiscalía le compete realizar la tipificación —de manera circunstanciada, no de cualquier conducta, sino únicamente de aquella por razón de la cual presentó —la acusación para solicitar, entonces, la consecuente condena por las conductas cuya calificación jurídica le corresponda en el grado de participación específico...” (Negrillas por fuera de texto)

El preacuerdo bajo ningún concepto especificó esa pena accesoria y eso es lo que limita la discrecionalidad del Juez, impidiéndole imponer una pena accesoria no obligatoria y derivar consecuencias adversas de hechos no planteados por la Fiscalía de manera detallada y específica.

“Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación⁷”.

En cuanto al segundo de los cargos demandados en casación, corresponde al subsidiario y desarrollado por la imposición de la pena privativa de otros

⁷ Corte Constitucional - Sentencia C-025 de 2010

derechos, pues lo inhabilitó para el ejercicio de la profesión de medicina, agravando la condición del Procesado.

Las penas han sido definidas en principales y accesorias. Así lo determina el artículo 52 del C.P., en el caso bajo estudio, la imposición de una pena accesoria de inhabilitación la deviene el Fallador obligatoria y consecencial o automática, lo cual es contrario al derecho sustancial y al principio de legalidad, porque no fue objeto del preacuerdo y por ende, no hace parte de la acusación que por congruencia constituye el acto objeto de sanción en la sentencia.

El preacuerdo tuvo control de legalidad en toda su extensión, fáctica y jurídica, allí no se hizo referencia a causales de agravación o penas accesorias, ni recibió objeción alguna. La Sentencia por lo mismo debe guardar congruencia con el preacuerdo que es la fijación equivalente del escrito de acusación, y por lo mismo no puede condenar por un acto no imputado, como lo fue el ejercicio de la medicina en relación directa con el delito de adopción irregular.

Los fines de la justicia premial, descritos en el artículo 348 de la 906 de 2004, buscan humanizar la actuación procesal, en nuestro caso el proceso llevaba en curso varios años y ante la decisión del mismo caso en proceso que por ruptura llegó al final con **sentencia absolutoria por ausencia de prueba**, para el delito por el que se condenaba, (tráfico de niños, niñas y adolescentes) las reglas sustanciales y procedimentales, permitían buscar una solución pronta y cumplida al conflicto social provocado por el hecho. De allí la salida negociada y propia de esos principios en que radican los preacuerdos.

El principio de legalidad propio del derecho penal y soportado en el artículo 29 de la Constitución Política, demarca que solo puede ser condenado, además de la preexistencia de la norma, por el delito que se le imputa, donde ese reproche debe ser claro y determinado, imponiendo un límite al Juez para imponer la pena.

La trascendencia del principio supone una delimitación política y axiológica que restringe el espacio de interpretación y es una norma de carácter Constitucional que salvaguarda los derechos fundamentales, por lo que la condena no podía crear o adicionar una pena nueva que no fue objeto del preacuerdo.

Esa ausencia de legalidad y coherencia entre el acuerdo y la sentencia, agrava la condición del Condenado, quien lleva sin ejercer casi cinco (5) años, por efectos del proceso y la privación de libertad de que fue

destinatario. La imposición de la pena accesoria desconoce los criterios de dosificación y se tasa en un año (1) seis (6) meses, los que considera ajustados, sin determinar cuál era el marco de movilidad o criterios de aplicación. Igual ocurre frente a la ausencia de motivación para exigir su ejecución, porque a la pena principal le realiza el correspondiente análisis para la suspensión de la ejecución, pero nada señala de la accesoria, que en tal sentido correría con la inhabilidad, que como pena, puede ser suspendida en su ejecución, según lo señala esa Alta Corporación, al sostener que la suspensión se predica de todas las sanciones.

“...En CSJ SP, 29 mayo 2003, rad. 20309, tras analizar los artículos 68 del Decreto 100 de 1980 y 63 de la Ley 599 de 2000, afirmó que, comparadas esas dos normas, se colige que “antes y hoy el juez podía y puede suspender la ejecución de la sentencia. **Ello significa que está facultado para suspender todas las penas**, o para suspender sólo la relativa a la privativa de la libertad, exigiendo la ejecución de las demás⁸...”

Por lo que consideramos que ante la ausencia de una motivación, para imponer la ejecución de la pena accesoria, debió seguir el derrotero de la pena principal, pues no existían argumentos para dejar una vigente en ejecución.

Quizás la misma seguridad jurídica reclamada y el principio de estricta tipicidad al desarrollar la legalidad me limiten en la opción que propongo para demostrar con mayor convicción la falta de competencia del juez para agravar la pena al dictar sentencia luego de aprobar un preacuerdo. No obstante, la favorabilidad y la analogía me dan margen para proceder.

Me refiero al inciso del final del artículo 61 de la Ley 599, cuando al facultar al Juez en la individualización de la pena y dotarlo de los mecanismos que instrumentalizan la dosimetría, al final y cuando se presenten preacuerdos lo excluye totalmente. “...INC. FINAL — Adicionado. L. 890/2004, art. 3°. El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa.”

Si el Legislador delimitó esta facultad trasladándola al fiscal, quien es el que asume la competencia para tasar la pena en el preacuerdo, si nos extendemos en la interpretación del asunto, en igual sentido, la norma quiere que sea el Fiscal el que delimite la pena y sus condiciones. Por este motivo el señor Juez del caso no podía desbordar su competencia y agravar

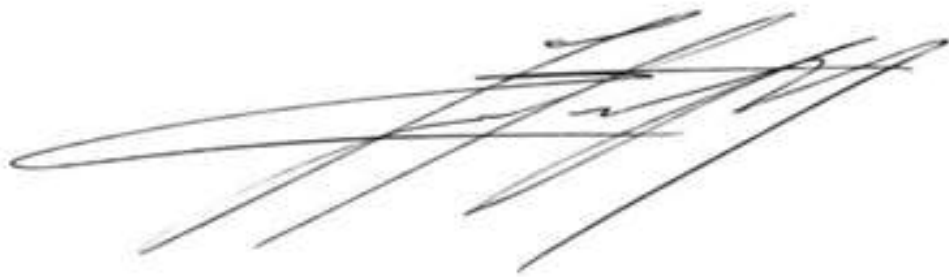
⁸ Corte Suprema de Justicia - Sentencia SP3366-2018 de 15 de agosto de 2018

la situación del procesado imponiéndole una pena accesoria que no aparece en el preacuerdo, pues así como no puede intervenir en la fijación de la pena, tampoco lo puede hacer en los aspectos accesorios o concomitantes.

Solo cuando la Sentencia se ajusta a los cánones de legalidad y garantías en relación al debido proceso, legalidad de la pena, formas propias del juicio y derecho defensa, su cumplimiento es exigible, pero cuando la misma afecta derechos fundamentales, resulta necesaria su corrección y articulación en procura de obtener la materialización de esas garantías y por eso es por lo que acudo ante la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Honorables Magistrados, la sentencia que se dicta en contra WISTON HERNÁNDEZ ROMERO, vulnera el principio de legalidad, por no estar la pena accesoria determinada, “cierta, previa y escrita de la conducta punible, del proceso y de la pena⁹” y es por lo que con el debido respeto también reitero mi petición realizada al segundo cargo subsidiario, casando la sentencia y en consecuencia que el Fallo corresponda con los términos del preacuerdo, excluyendo la pena privativa a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de medicina.

Cordial saludo,



ISNARDO GÓMEZ URQUIJO

T.P. No. 48.696 del C.S.J.

⁹ Corte Constitucional – Sentencia C-820 de 2005