

Radicado : XXXX
Acusado : XXXXX
Asunto : demanda de casación.

H. Magistrados,

Corte Suprema de Justicia

Sala de casación penal

Bogotá D.C.

E. _____ S. _____ D. _____

XXXX mayor de edad, domiciliado en la ciudad de XXX, abogado con T.P. No. XXX del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como defensor del Señor XXX, respetuosamente me dirijo a esa Corporación con el fin de presentar la demanda de casación que formulo a continuación:

1.- IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES Y DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1.1. En el proceso que nos ocupa, son sujetos procesales:

1.1.1. XXXX, como sindicado, identificado con la cédula de ciudadanía número XXX de XXX.

1.1.2. Fiscalía General de la Nación. Actuó en su representación la Fiscalía XXX Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de XXXX, la Dra. XXXX.

1.1.3. Ministerio público. Estuvo representado por el personero del municipio de XXXX, Dr. XXX.

1.1.4. Defensores. Actuó a lo largo de todo el proceso, desde las audiencias preliminares de imputación e imposición de medida de aseguramiento hasta la lectura del fallo de segundo grado, el Dr. XXX y en la fase casacional, actúa el suscrito, por sustitución que me hace el Dr. XXX.

1.1.5. Víctimas : Las víctimas se hicieron reconocer a través del Sr. XXXX, hermano del occiso, pero no confirieron poder para ser apoderadas por un profesional del derecho.

1.2. La sentencia impugnada es la proferida dentro del proceso N° XXXXX por la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXX, calendada el **XX de febrero de XXX**, y leída en audiencia pública el XX de marzo de XXX, por medio de la cual se revocó el fallo de primera instancia, dictado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de XXX, mediante el cual se condenó al señor XXXX, como autor responsable del delito de “Homicidio agravado” a la pena de cuatrocientos (400) meses de prisión.

2.- SÍNTESIS DE LOS HECHOS MATERIA DE JUZGAMIENTO Y DE LA ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. HECHOS MATERIA DE JUZGAMIENTO

Fueron sintetizados por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXXX así:

“Acaecieron el xx. De abril del año XXX, alrededor de las 08:30 de la mañana, en la vereda XXXX del municipio XXXX, lugar donde fue ultimado quien en vida respondía al nombre de XXXXX, el cual presentaba disparo a la altura de la cabeza, lo cual le causó la muerte como consecuencia de *‘CHOQUE NEUROGÉNICO SECUNDARIO A LACERACION ENFEALICA DEBIDO A HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN CRÁNEO’*. El referido homicidio fue atribuido por la Fiscalía General de la Nación al ciudadano XXXX, hermano del occiso”. – Cfr. Pág. 2. Sentencia de segundo grado -

2.2. ACTUACION PROCESAL.

2.2.1. La investigación se origina con ocasión de los actos urgentes realizados por las unidades de Policías destacadas en el municipio de XXXX, quienes adelantaron diligencia de levantamiento de un cadáver, a la postre, el Sr. XXXX el día XX de abril de XXX en un camino de herradura en la vereda “XXX” de dicha municipalidad, quienes además, recolectaron varias entrevistas.

2.2.2. Con los elementos materiales probatorios recogidos por la Fiscalía XXX°. Seccional de XXX y los servidores que cumplieron funciones de Policía Judicial, el Juzgado Promiscuo Municipal de XXX el XX de abril de XXX, libró orden de captura en contra del Sr. XXX por el homicidio de XXXX y el XX de abril de la misma anualidad, el indiciado se presentó voluntariamente a la Estación de Policía de XXXX en compañía de su apoderado, quien fue dejado en libertad, previa suscripción de diligencia de compromiso.

2.2.3. El XX de abril del año XXX, se celebraron audiencias concentradas de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado con Función de Control de Garantías del municipio de XXXX. En ella se se le

imputó al Sr. XXXX el delito de “*Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de defensa personal*”, igualmente, impuso en su contra, medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, la misma que se cumplió en la cárcel municipal de XXXX.

2.2.4. Una vez radicado escrito de acusación, sin aceptación de cargos, la audiencia de acusación se celebró el XX de julio de XXX y el XX de agosto del mismo año, se llevó a cabo audiencia preparatoria.

2.2.5. El juicio oral se desarrolló en diferentes fechas, entre ellas; los días XX de septiembre y XX de noviembre del año XXX, y culminó en el año XXX, con audiencias realizadas los días XX de enero, XX de marzo, XX de abril, XX y XX de junio de XXX, fecha ésta última en la que se anunció sentido del fallo absolutorio y se dispuso la libertad inmediata del Sr. XXXX.

2.2.6. La sentencia de primera instancia, fue proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de XXX el día XX de septiembre de XXX, y frente a la misma, la Fiscalía XXX°. Seccional, interpuso recurso de apelación. Éste fue desatado en sentencia del XX de febrero de XXX y leída el XX de marzo de XXX.

3. CENSURA PRINCIPAL

(...)

4. PRIMERA CENSURA SUBSIDIARIA.

Teniendo en cuenta el principio de prioridad, que obliga a la presentación de los cargos atendiendo al orden en que mayor alcance de enmienda busquen, acusamos la sentencia de segundo grado, por violación del **debido proceso**¹, en virtud de la pretermisión de una etapa procesal inexcusable, como lo fue la celebración de la audiencia de individualización de pena prevista en el artículo 447 del C. de P. P. y por ende, que el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXXX haya incurrido en un vicio de estructura al dictar el fallo.

Invoco la causal segunda de casación, prevista en el artículo 181 del C. de P. P.

Art. 181. – Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

(...)

¹ Art. 29 C. Pol., Art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 8°. Ley 16 de 1972 (Convención Americana sobre Derechos Humanas o Pacto de San José de Costa Rica. Art. 93 C. Pol.

2. Desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.”

4.1. Normas violadas que dan lugar al error de estructura.

- **Constitución Política.**

Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso

- **Tratados internacionales.**

- **Declaración Universal de Derechos Humanos.**

Art. 10º. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus **derechos** y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).**

Art. 8º. Garantías judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(...)

- **Ley 906 de 2004.**

Art. 4º – Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

(...)

Art. 6º – Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

(...)

8° – Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

(...)

k). Tener un juicio público, oral, **contradictorio**, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

Art. 10°. – **Actuación procesal.** La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judicial harán prevalecer el derecho sustancial.

(...)

Art. 15. – **Contradicción.** Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

(...)

Art. 26. **Prevalencia.** Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.

Art. 27. – **Moduladores de la actividad procesal.** En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

Art. 447.- Individualización de la pena y sentencia. Modif. L. 1395/2010. **Art. 100.** Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la terminación del juicio oral.

Art. 457.- Nulidad por violación a garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

(...)"

4.2. Devenir fáctico y procesal que fundamenta la irregularidad sustancial al debido proceso.

- 4.2.1. Una vez concedido el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía XXX°. Seccional contra la sentencia absolutoria proferida el XX de septiembre de XXX, el XX de febrero de XXX, la H. Sala de Decisión del Tribunal Superior de XXX, convocó para “***AUDIENCIA DE LECTURA DE SENTENCIA en la presente actuación***” procesal” el XX de marzo de XXX.
- 4.2.2. Efectivamente el XX de marzo del año XXX, el Tribunal Superior de XXXX, a través de su magistrado ponente, procedió a dar lectura al fallo condenatorio, y en el mismo cuerpo del proveído, en lo que respecta al cumplimiento de lo ordenado por el artículo 447 del C. de P. P, señaló; “ *De cara a la inminente condena, conforme se anunció en precedencia, ha de manifestar la Sala que no se adelantará audiencia de individualización de la pena y se procederá a fijar la sanción correspondiente, así como el examen de la posibilidad de conceder o no mecanismos sustitutivos de la privación de la libertad; lo anterior, con fundamento en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 36616, del 24 de octubre de 2012.*” – Subrayas nuestras -
- 4.2.3. Así las cosas, el *Ad-quem* nunca permitió abrir el debate probatorio en torno a los tópicos previstos en el artículo 447 del C. de P. P., cercenando así, la concesión eventualmente de sustitutos penales como la misma prisión domiciliaria a favor del Sr. XXX por una eventual calidad de padre cabeza de familia, recuérdese que el Sr. XXX es padre de tres pequeños – Cfr. Sesión del XX de junio de XXX. Min. 06:10. Reg. 20098002709.051903189001-1- o por grave enfermedad.

4.3. Demostración del vicio denunciado (repercusión definitiva que afectó el trámite que culminó con la sentencia impugnada)

4.3.1. Precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia en torno a la aplicación del artículo 447 del C. de P. P. , en sede de segunda instancia.

En auto proferido el 14 de agosto del año 2012 con ponencia del Dr. Luis Guillermo Salazar Otero, radicado 38467, expresó la Sala cómo una vez interpuesto el recurso de apelación, la actuación en segunda instancia, solo puede limitarse a proferir la decisión, haciendo claridad, que la lectura de la misma en audiencia, no era el acto de proferimiento de la providencia. Interpretó la Corte que el desarrollo de la audiencia de individualización de la pena prevista en el artículo 447°, solo era aplicable en primera instancia, porque en dicha sede no hay anuncio del sentido del fallo:

“El criterio plasmado no varía aún en el evento de que en segunda instancia se revoque una sentencia absolutoria y en su lugar se condene al procesado. En efecto, la audiencia del artículo 447 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la ley 1395 de 2010, denominada individualización de pena y sentencia, sólo está prevista para la primera instancia, como quiera que es una actuación subsiguiente al anuncio del sentido del fallo una vez finalizada la vista de juicio oral, en la medida que este sea de carácter condenatorio, según se colige del artículo atrás mencionado y del 446 ejusdem. En segunda instancia no hay juicio oral, tampoco anuncio del sentido del fallo, luego por consiguiente menos la audiencia referida, de ahí que el ad. quem decidirá lo concerniente con la pena y mecanismos de sustitución de acuerdo con la información que le aporte el proceso, lógicamente basándose en los criterios que consagra el artículo 61 del Código Penal para individualizar la sanción.

En sentencia del 24 de octubre de 2012, con radicación 36616, la H. Corte Suprema de Justicia, de nuevo puntualizó en su criterio jurídico, pero ya bajo el argumento de una interpretación histórica del precepto, acudiendo a la génesis de la disposición en los debates de la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal, con lo que se conoció como “informe presentencia”. Concluyó entonces, que esta figura no estaba instituida para la segunda instancia, porque en ella no existía anuncio del sentido del fallo:

“ Tras consultar el texto definitivo del proyecto de ley presentado ante el Congreso de la República se infiere que finalmente se acogió la propuesta presentada ante la Comisión Redactora del proyecto por la Corporación Excelencia en la Justicia según la cual se establece la audiencia de individualización de pena y sentencia en donde el juez de conocimiento otorga la palabra a Fiscalía y defensa para que refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, con una única oportunidad dentro de la actuación procesal, esto es, una vez culminado el juicio oral y anunciado el sentido condenatorio del fallo, como así se colige del texto que finalmente fue radicado por el Fiscal General de la Nación cuya claridad no admite discusión. La disposición en comentario reza:

(...)

Posteriormente, en la Plenaria de la Cámara, se incluyó la modificación propuesta por los ponentes en el sentido de que la audiencia no sólo procede en el evento de dictar fallo condenatorio, que se debe entender de acuerdo con los antecedentes referidos en el momento en que el juez anuncia esa decisión, sino en caso de que acepte el acuerdo celebrado con la Fiscalía, pero sin que tampoco se hiciera referencia a su momento procesal².

Luego, en su tránsito por el Senado de la República la disposición no tuvo variación alguna³, aprobándose finalmente el texto original del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, según el cual:

² Gaceta No. 167 de 2004 de la Cámara de Representantes.

³ Gacetas No. 200, 248 y 273 del Senado de la República.

Así las cosas, se encuentra que tras auscultar los orígenes de la disposición y su correlativo paso por el Congreso de la República se arriba a la conclusión en el sentido de que el único momento procesal concebido para la realización de la multimencionada audiencia es después de que el juez de primer grado anuncia el sentido condenatorio del fallo o cuando acepta el acuerdo celebrado con la Fiscalía, para luego si disponer “el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia”, como así se concluyó en el precedente de esta Sala citado en el exordio de este acápite.

Esta posición es de nuevo reiterada por la alta corporación en autos del 24 de abril de 2013 con radicación 41125; del 27 de agosto de 2014 radicado 41630 y auto del 11 de marzo de 2015 radicado 44619.

4.3.2. Por qué la postura de la Corte Suprema de Justicia desconoce no sólo el debido proceso, sino garantías fundamentales.

Lo primero que debemos señalar, es que no se puede reducir el derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas y la exclusión en él de toda referencia al valor material de la justicia, que únicamente al legislador, y no al aplicador del derecho, correspondiera atender. Esto obliga al operador jurídico a adoptar una concepción más sustancialista del derecho, cuyo punto de penetración, más que una metafísica de la justicia, es una **axiomática** de la materia legal⁴, por ende, que dicha axiomática, se edifique como todos unos criterios de valor que permitan reconfigurar una determinada realidad colectiva con trascendencia jurídica. Pero además, vista la tarea cotidiana de aplicación del derecho a la luz de un modelo político de Estado Social y Constitucional de derecho, en el que la Constitución Política tiene un carácter esencialmente normativo. De modo, que el derecho no solo se integra por reglas, sino por principios, para desempeñar así, las tres funciones básicas de **creación, interpretación e integración**, es decir, verdaderas y auténticas fuentes materiales del derecho⁵ y no como candidatos a normas jurídicas, como algunos creen, al catalogarlas como normas metajurídicas, extrasistemáticas o morales, incluso, solo aplicables en casos difíciles⁶ si se aceptara su excepcional calidad de fuente normativa.

Para nuestro caso, optamos por una posición fuerte de los principios, en la que defendemos los principios como normas jurídicas que incluso, priman sobre otras normas del ordenamiento, entre otras razones, porque condicionan su validez (argumento ontológico); sirven de *ratio decidendi* a las sentencias de los órganos de cierre, razón por la cual se aplican directamente y sólo cuando entran en conflicto con otros principios procede el método de ponderación; y por último, es el mismo legislador quien les ha dado su prevalencia, *verbi gratia*;

⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Edit. Civitas. Madrid. 1986. Pág. 31.

⁵ VALENCIA RESTREPO, Hernan. **Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho**. 4º. Ed. Editorial Librería Jurídica COMLIBROS. 2007. Pág. 125

⁶ Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.

- **Código Penal (Ley 599 de 2000)**

Art. 13.- Normas rectoras y fuerza normativa. Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. **Prevalen sobre las demás normas e informan su interpretación**”.

- **Código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004).**

Art. 26.- Prevalencia. **Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de éste código.** Serán utilizadas como fuente de interpretación.

- **Código Disciplinario (Ley 734 de 2002)**

Artículo 21.- Aplicación de principios e integración normativa. **En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política.** En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los Códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

- **Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).**

Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. **Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales.** El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”.

Si se mira con especial cuidado toda la argumentación en la cual se funda la hermenéutica propuesta por la H. Corte Suprema de Justicia en punto a negar la posibilidad de celebrar la audiencia de individualización de pena en sede de segunda instancia cuando se aviene un fallo de carácter condenatorio, podemos observar; que su intelección obedece más a un esquema propio de criterios de racionalidad propios de la lógica formal, más que a una lógica de lo razonable, porque al fin y al cabo, debemos examinar con el mayor rigor cuál es el *telos* de la norma que prevé la audiencia de individualización de pena; cuál su naturaleza y sus efectos sobre el ciudadano-procesado, porque siendo este un aspecto esencial a la *Litis*, creemos fundadamente que no es legítimo prescindir de este espacio procesal, so pretexto que la única actuación válida en segunda instancia sea proferir sentencia de segundo grado.

La hermenéutica que proponemos en esta oportunidad a la H. Corte Suprema de Justicia, es una que no se limite al estudio de la estructura lógica de los enunciados, sino que incluya los principios como normas jurídicas prevalentes, en tanto así se le da validez material a todo el orden jurídico, y lo más importante, se evita incurrir graves

injusticias, como las que se vienen generando con la supresión de la audiencia de individualización de pena en sede de segunda instancia.

El artículo 447 del C. de P. P., es del siguiente tenor:

“ Art. 447. Individualización de la pena y sentencia. Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa **para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable.** Si lo consideran conveniente, **podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.**

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que éste, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición”.

Ha sido la propia Corte Suprema de Justicia quien se ha encargado de clarificar el sentido y naturaleza de la audiencia prevista en el artículo 447 del C. de P. P., al estimar, que allí no se discuten temas de responsabilidad, porque ello fue el objeto del juicio, pero inexcusablemente si hay temas que deben ser objeto de la sentencia cuando ésta es de carácter condenatorio, que no son superficiales, sino como la misma Corte los ha calificado, son **“ trascendentales”**:

Es por lo anterior que el legislador ha establecido un espacio procesal diferente para que las partes e intervinientes puedan pronunciarse sobre otros aspectos trascendentales, diferentes a la definición de la ya decantada responsabilidad, **que deben ser tenidos en cuenta por el fallador al momento de adoptar su decisión de condena,** los cuales tocan con la *“probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado”* (artículo 447 del Código de Procedimiento Penal), fundada en aspectos del tenor de las *“condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”*.

(...)

“ Los aspectos personales, familiares y sociales a los que se puedan referir el Fiscal y el defensor en tal audiencia, **servirán de referentes para la fijación en concreto de la sanción** -entendido que ya anteriormente, gracias a lo decidido en el anuncio del sentido del fallo, la verificación del allanamiento o la aprobación del acuerdo, se establecieron los criterios objetivos necesarios para determinar los límites punitivos y el específico cuarto que a este corresponde- o **para determinar formas de cumplimiento de la misma** o bien **para la cuantificación individualizada de la pena pecuniaria,** respecto de la cual se deben estimar factores concernientes a la situación económica, ingresos y cargas familiares del condenado (artículo 30 de la Ley 599 de 2000), o **para la imposición de penas accesorias,** y principalmente, **para la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de la libertad.**⁷ (subrayas nuestras)

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Sentencia del 16 de mayo de 2007.** M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Rad. 26716.

Nótese que el sentido de dicha audiencia no es de poca monta, allí se pone en cuestión aspectos que van desde la fijación de la pena en concreto (porque concurra algún fenómeno que varíe la punibilidad, como la reparación económica – Cfr. Art. 269, 401 del C. Penal); las formas de cumplimiento de la sentencia; la cuantificación de la multa; la imposición de penas accesorias y lo más importante, la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de la libertad, frente a los cuales tenemos la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 63 C. Penal), Libertad condicional (Art. 64 C. Penal), Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave (Art. 68 C. Penal), la sustitución de la pena de prisión en centro carcelario por el domicilio en caso de padre cabeza de familia (Ley 750 de 2002).

Lo primero que debemos señalar, es cómo la H. Corte Suprema de Justicia, con su postura en torno a excluir la procedencia de la audiencia de individualización de pena prevista en el artículo 447 del C. de P.P. en segunda instancia, cuando se dispone a proferir una sentencia condenatoria, finalmente termina por privilegiar una aplicación sintáctica y literal sobre el aparte del enunciado normativo (Art.447), desconociendo no sólo la tendencia en los modelos adversariales en favorecer la división del debate en dos aspectos bien definidos, esto es, entre culpabilidad del acusado y determinación de la pena, porque éste último no se estructura de la misma forma que el primero, especialmente, porque se busca dupurar el debate probatorio, simplificando el juicio:

“ **Esta tendencia a la división del debate obedece** a complejos y diversos aspectos, algunos vinculados al diseño orgánico del sistema (la división de funciones entre jurado y jueces profesionales que facilita o promueve) y otros que surgen **como consecuencias naturales de las reglas más estrictas de evidencia (la división del debate permite hacer un control más efectivo de relevancia o pertinencia de la prueba que se admite para debatir responsabilidad)**, por lo que es difícil identificarlas todas sin incurrir en generalizaciones. Con todo, lo que nos interesa destacar es que la división o cesura del debate produce impactos relevantes en el diseño del juicio, ya que, por ejemplo, reduce y simplifica las cuestiones que tanto fiscales como defensores deben probar y debatir en el juicio principal y también le entrega, particularmente al defensor, un escenario mucho más cómodo para desarrollar teoría del caso consistentes en juicio.

(...)

Más recientemente, con la Ley No. 20.074, de noviembre de 2005, se hizo un cambio más significativo en la materia. Así, se derogó el artículo 345 y en cambio se modificó el artículo 343, estableciendo en su inciso final que, para **valorar circunstancias modificatorias de responsabilidad ajenas al hecho punible, como también otros factores relevantes de determinación de pena, debe realizarse una audiencia inmediatamente de pronunciada la condena**, en donde se procederá a debatir sobre estos aspectos e incluso se recibirán antecedentes nuevos no discutidos en el juicio de fondo...”⁸ (subrayas y negrillas nuestras).

La anterior postura, también es acogida por la legislación de Puerto Rico, sin que en este país como en Chile, se impida la realización de la audiencia

⁸ DUCE J, Mauricio y RIEGO R. Cristian. **Proceso Penal**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2012. Pág. 402 y ss.

de “ **presentencia**” en segunda instancia, recordemos el Código de Procedimiento Criminal de Puerto Rico :

Art. 171. “Sentencia. Prueba sobre circunstancias atenuantes o agravantes: El tribunal, a propia instancia o a instancia del acusado o del fiscal, con notificación a las partes o la parte contraria, podrá oír, en el más breve plazo posible, prueba de circunstancias atenuantes o agravantes a los fines de la imposición de la pena”.

Art. 162º. “El tribunal, antes de dictar sentencia en los siguientes casos, deberá tener ante sí un informe que le haya sido rendido, después de haberse practicado una investigación minuciosa de los antecedentes de familia e historial social de la persona convicta y del efecto económico, emocional y físico que ha causado en la víctima y su familia la comisión del delito, que le permita emitir una decisión racional de sentencia:

“(1) En todos los delitos graves, excepto de primer grado. Este informe presentencia será preparado por el Programa de Libertad a Prueba y Libertad bajo Palabra de la Administración de Corrección”.

Negar entonces, la posibilidad de realizar la audiencia del 447º. En segunda instancia, es fruto del abuso de los procedimientos lógico abstractos, y por lo mismo, la necesidad de introducir en el derecho la noción de fin o *télesis*. Porque los problemas del derecho deben ser orientados hacia la vida siendo necesario sustraerlos del principio de la lógica, no porque se quiera desechar la conceptualización, sino porque se deben subordinar a la realidad concreta, y esa realidad, es el interés de que cualquier ciudadano-procesado, cuente en segunda instancia, con la misma oportunidad que tiene todo ciudadano – procesado en primera instancia cuando va a ser condenado por un delito; y es que se abra un espacio procesal oportuno para discutir aspectos relevantes del fallo, como no solo la dosificación punitiva y penas accesorias, sino temas tan trascendentales como la forma de ejecución de la pena de prisión, a modo de ejemplo, si la misma puede ser ejecutada en su domicilio.

Aquí es donde reside el punto de quiebre de la postura jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, en tanto, termina por hacer una discriminación odiosa, en contravía del principio de igualdad, que se erige como norma rectora, cuando no le permite al procesado-condenado, acceder a una determinada declaratoria de justicia en el fallo, que si se le permitió al procesado-condenado en primera instancia, todo bajo el argumento, que el artículo 447º. no autoriza dicha audiencia en sede de fallo de segundo grado. Si se lee atentamente la disposición, ésta se redactó en términos genéricos, es decir, no limitó la posibilidad de practica de la audiencia a el fallo de primera o segunda instancia, a juez u órgano colegiado, nótese, que empleó indistintamente el término genérico jueces, “ el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal...”, luego afirma, “ Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario...”, “ Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia...”, en modo alguno, las referencias en la disposición a la autoridad juez, pueden limitarse al juez de primera instancia.



Y es que la *télesis* a dilucidar no es sino una problemática de índole axiológica que habrá de resolverse, bajo una postura que aspire a garantizar de la mejor manera, el derecho a una tutela judicial efectiva. Negar la posibilidad al procesado de que se practique la audiencia de individualización de la pena, es arrebatarle el derecho de acceso a la administración de justicia y específicamente, el “Derecho a la prueba”, expresado en el derecho que tiene todo ciudadano, en utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Esta no es otra cosa distinta que se decreten y practiquen, pruebas pertinentes en relación con las **“ condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”**, que como se dijo, pueden incidir no solo en el monto de la pena, sino en beneficios-derechos que afectan el modo de ejecución de la pena.

Por manera, que bajo la hermenéutica planteada por la Magistratura, hay procesados de primera y de segunda categoría, porque a los primeros, quienes tienen la oportunidad de discutir aspectos esenciales en torno al modo de ejecución de la pena, a los segundos se les niega esa posibilidad, solo por tratarse de la autoridad que dicta la sentencia, diferencia que carece de toda razonabilidad. Este modo de razonar, se insiste, lesiona gravemente la igualdad de las personas, no la igualdad en abstracto, sino en concreto, de allí, la imperiosa necesidad que se acuda a la equidad, como un instrumento de rectificación en pro de la justicia pura, de las injusticias que provoca una interpretación rigurosa y textual como la prohijada por la H. Corte Suprema de Justicia, que desatiende las peculiares sinuosidades del caso. Esta norma abstracta pese a las apariencias textuales, no rige verdaderamente para este caso concreto, porque de atenerse a las solas palabras se llegaría a un resultado disvalioso, de allí, entonces, que se deba acudir a pautas objetivas: la *ratio legis*, es decir, la teleología de la norma, que busca en todo caso, abrir un espacio procesal para la discusión en torno a un aspecto esencial y relevante en la discusión del litigio o de la sentencia (pena); los principios jurídicos generales, entre los cuales tenemos, el principio de igualdad – Cfr. Art. 4º. Ley 906 de 2004 -, en tanto, resulta ilegítimo e irrazonable hacer distinciones entre condenados en primera y segunda instancia, solo por el estadio donde ello ocurra; el derecho al acceso a la administración de justicia y el derecho a la prueba – Cfr. Art. 8 y 15 Ley 906 de 2004 - , que por igual, le asiste a ambos tipos de condenados, tanto a los de primera como de segunda instancia, porque no existe diferencia entre alegar, a modo de ejemplo, la concesión de una sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria en primera instancia, y que bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, ello no resulte viable en segunda instancia, realmente, tal postura encierra una verdadera paradoja. Simplemente se reclama la **eficacia** de los derechos constitucionales, como rasgo definitorio del Estado de Derecho, porque el **principio de eficacia** indica que la mera consagración retórica de un derecho (ejemplo, la igualdad, vulnerada por la hermenéutica de la Corte Suprema de

Justicia), aunque necesaria, no constituye por sí misma una garantía del mismo⁹, por ello, que el principio de eficacia, exija una preocupación seria por las consecuencias de la decisión¹⁰.

4.4. Trascendencia de la irregularidad y perjuicio concreto.

Como se observa del devenir procesal, al Sr. XXXX, se le citó a lectura de sentencia condenatoria y en el acto, se dispuso librar en su contra orden de captura y la única razón que expuso el H. Tribunal Superior de XXXX, era que el tema ya había sido dilucidado con suficiente antelación por la H. Corte Suprema de Justicia, impidiendo así, que el procesado, alegara circunstancias de tal importancia, como la forma en qué se ejecutaría la sentencia, esto es, si en un centro carcelario o en su casa de habitación. De haberse abierto el espacio de la audiencia de individualización de pena, el ciudadano procesado, a través de su defensa técnica, habría podido probar circunstancias relevantes como una eventual condición de padre cabeza de familia, porque ante su ausencia el núcleo familiar quedaría en el desamparo absoluto, especialmente, sus hijos; o el estado de grave enfermedad, incompatible con la reclusión carcelaria, lo cual, le permitiría, rogar por el beneficio-derecho de la sustitución de la prisión carcelaria. Este aspecto que no es de poca monta, porque hoy en día, se encuentra con una grave restricción de la libertad, al pesar sobre si, una orden de captura, es decir, día a día se viene causando un grave perjuicio para el derecho a la “Libertad de abandono”.

4.5. Momento procesal a partir del cual debe reponerse la actuación y el funcionario al que habría de remitirse el expediente.

Se estima, que la Corte para este caso, debe anular a partir del fallo de segunda instancia, para que se readecue el trámite, y se disponga anunciar el sentido de fallo condenatorio e instalar audiencia del 447º. y así las partes, en especial, la defensa, presente los elementos materiales probatorios y los argumentos, en pro, del modo en qué se debe ejecutar la sanción de privación de la libertad respecto al Sr. XXXX, esto es, en su domicilio, instancia que ha sido pretermitida en contra del procesado, con las consecuencias adversas.

(...)

PETICIONES.

⁹ Consejo de Estado. Sección segunda. **Sentencia de acción de cumplimiento del 26 de octubre de 2012.** Exp. 15001-23-31-000-2012-00243-01 AC (2014287)

¹⁰ Corte Constitucional. **Sentencia T-056 del 14 de febrero de 1994.**

(...)

Segunda subsidiaria : Solicito la nulidad de lo actuado, a partir de la lectura de la sentencia de segundo grado, a efectos de que se disponga la realización de la audiencia del 447 del C. de P.P.

(...)

De los Señores Magistrados, con el debido y acostumbrado respeto,

Atte/.,

Firma.

Estudio Jurídico Pérez & Asoc.