Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

Hora: 9:00 a.m.

Aprobado por Acta No. 097.

Radicación No:	17042-60-00-040-2009-00254-01
Delito:	Homicidio agravado
Sentenciado:	José Francey Díaz Toro
Procedencia:	Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría
Decisión:	Decreta nulidad

ASUNTO

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría el 6 de julio de 2010, profirió sentencia condenatoria en contra del señor JOSÉ FRANCEY DIAZ TORO, como autor responsable del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, imponiendo la pena principal de veintitrés (23) años de prisión, la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y negó el subrogado penal de la

suspensión condicional de la ejecución de la pena. Igualmente se condenó a JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO, a pagar en forma solidaria con la Conferencia Episcopal de Colombia, la Diócesis de Pereira y la Parroquia de Mistrató, la suma de seiscientos millones de pesos ($600.000.000), por concepto de perjuicios morales tasados así: a la madre y abuela de las occisas la suma de $100.000.000 y a los hermanos y tíos de éstas la suma de $50.000.000, para cada uno de ellos.

El defensor del acusado y los apoderados de la Conferencia Episcopal, de la Diócesis de Pereira y de la Parroquia de Mistrató, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia, en relación con la condena al pago de perjuicios morales, concediéndose en el efecto suspensivo ante ésta Sala, el cual fue debidamente sustentado y procederá a resolverse.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Fueron sintetizados por la Fiscalía Delegada en el acta de preacuerdo de la siguiente manera:

> *"El día quince de febrero del año en curso en el sector de la vereda los encuentros de Anserma (caldas) se practicó inspección técnica a dos cadáveres incinerados cuyas actas fueron levantadas como N.N., sexo indeterminado y N.N., sexo femenino menor de edad, los cuerpos fueron hallados a 380 metros del puente sobre el rio Guática, que divide los municipios de Belén de Umbría y Anserma a orillas de la carretera que conduce a la vereda Tamarvia de Anserma. los cuerpos fueron trasladados a medicina legal donde se les practicó la respectiva necropsia pero ante la imposibilidad de identificarlos plenamente fueron enviadas piezas óseas al Instituto de Medicina Legal de Bogotá, D.C., Sección Antropología Forense, quien determinó que el cadáver correspondiente al acta de sexo indeterminado era el de una persona*

de sexo femenino de 30 a 35 años de edad, y el cadáver sexo femenino menor correspondía a una niña entre 5 y 7 años de edad, antropología ordenó que le enviaran fotografías de las presuntas víctimas con las pruebas indiciarias a reconocer y como ya se tenía conocimiento de una denuncia por desaparición formulada en el C.T.I. de Pereira, donde se advertía que en el municipio de Mistrató el 13 de febrero del año que transcurre se había extraviado la señora María del Carmen Arango Carmona y su menor hija María Camila Díaz Arango, nuevamente antropología forense envía los restos a Genética Forense del mismo Instituto de Medicina Legal y solicitó al C.T.I. de Anserma ubicar familiares de las presuntas desaparecidas y en Cali fue ubicada la señora Ana Beiba Carmona Quintero a quien se le tomó muestra de sangre y se remitieron a Bogotá, D.C. y el resultado del cotejo mediante prueba de ADN fue que efectivamente las hoy occisas correspondían a los cuerpos de María del Carmen y María Camila. El proceso investigativo continuó y el señor Héctor Fabio Arango Carmona hermano de la hoy occisa plenamente identificada aportó datos de interés indicando que el sacerdote José Francey Díaz Toro era el padre biológico de la niña María Camila y compañero permanente de María del Carmen y que la última parte en donde habían estado las dos anteriores mencionadas era la casa cural de Mistrató donde labora el cura mencionado. Ellas llegaron allí el día miércoles siete de febrero en horas de la tarde y siempre permanecieron en la casa cural hasta el día doce de febrero del mismo año fecha en la cual fueron vistas por última vez con vida por la señora María Eugenia Vergara Cardona empleada doméstica de la casa cural y la señora Nilsa Andrea Soto Ortiz empleada del almacén pasarela ubicado en el mismo inmueble de la casa cural.

"Según entrevista realizada a la empleada María Eugenia, esta advierte que ella se fue a eso de las cuatro o cinco de la tarde del día doce de febrero del año que avanza quedando allí las hoy occisas y cuando ella regresó el día martes trece del mismo mes y año a laborar a la casa cural ya no las encontró, como dato curioso encontró las escaleras que conducen del segundo nivel al garaje lavadas con agua y jabón lo cual se le hizo muy extraño y cuando ingresó al cuarto donde ella frecuentaba acostar a su bebé, vio manchas de sangre en la puerta, en

la chapa de la puerta, en el piso de dicha habitación, siguió el rastro de las manchas y estas continuaron por el pasillo, las paredes del pasillo que hay en el segundo nivel, también en unas materas colocadas en dicho lugar y las manchas continuaron hacia el primer piso donde está ubicado el garaje y en el garaje había observado no machitas sino un gran parche de sangre y junto a este parche de sangre también había visto unas bolsas negras chisgueteadas de sangre, unas tejas plásticas y unos palos también impregnados de sangre y cuando pretendió subir al tercer piso donde duerme el sacerdote José Francey en el trayecto de las escalas que conducen a dicho nivel también pudo observar sangre al igual que en los pasamanos de las escaleras pero lo que más llamó curiosidad fue que el día anterior ella dejó tendida la cama donde acostumbraba acostar a su hijo, la dejó arreglada con un tendido blanco y al otro día o sea el martes trece cuando regresó observó con extrañeza que el tendido lo habían cambiado y el mismo se encontraba dentro de un balde contentivo de agua y jabón en la terraza de la casa cural. Dice la entrevistada que desde la llegada de María del Carmen y su menor hija siempre escuchó discusiones entre el sacerdote y la anterior e incluso el sacerdote en una oportunidad bajó con la cara aruñada y detrás de él, ella en iguales condiciones, lo que demostraba que se habían agredido físicamente mutuamente, que generalmente el sacerdote mantenía diciéndole después de estos hechos a María Eugenia que si le llegaban a preguntar algo nunca fuera a decir lo que había visto en el interior de la casa cural y si le preguntaban alguna cuestión relacionada con ellos dos que dijera que todo se veía bien, pero hay un dato de interés que nos da luces al esclarecimiento de estos hechos es que el día doce de febrero del presente año el sacristán Luis Alberto Bermúdez le comentó a María Eugenia que él había entrado a la casa cural a acostarse a eso de las nueve o diez de la noche y que se le había hecho raro que el carro del sacerdote no estaba en el garaje, que él o sea Luis había encontrado todas las luces prendidas en el interior de la casa cural y las había apagado y a eso de las dos de la mañana se había levantado a tomar agua de panela y que ya estaba el carro del sacerdote en el garaje y la luz de la habitación del religioso prendida. Igualmente se practicó diligencia de allanamiento y registro al inmueble de la casa cural de Mistrató donde se obtuvo elementos materiales probatorios con luces forenses y

> *evidencia traza según información legal obtenida del Instituto de Medicina Legal, la misma guarda uniprocedencia con la cotejada de las hoy occisas".*

La conducta punible imputada a JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO fue la tipificada en los artículos 103, 104 numerales 1 y 7 del Código Penal, en concurso sucesivo y homogéneo, del cual fueron víctimas MARÍA DEL CARMEN ARANGO CARMONA y su menor hija M.C.D.A., misma por la que el Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, el día 21 de enero de 2008 aprobó el preacuerdo celebrado con la Fiscalía y anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y se dio paso al trámite del incidente de reparación integral, en el cual se reconocieron como víctimas la madre y abuela de las occisas, señora ANA BEIBA CARMONA QUINTERO y los hermanos y tíos de las mismas.

FALLO DE PRIMER GRADO

El A – quo decidió condenar al señor **JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO,** al encontrarlo responsable de la conducta punible de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGENEO Y SUCESIVO**,** como consecuencia del preacuerdo realizado con la fiscalía, el que fue objeto de aprobación por el correspondiente estrado judicial, imponiendo la pena de 23 años de prisión; se le negó el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo condenó igualmente a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

En lo que es motivo de apelación, que lo es lo resuelto en el incidente de reparación integral, indicó el A-quo que de conformidad con el artículo 2341 del Código Civil le asiste responsabilidad civil directa al párroco **JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO**, por los hechos dramáticos que dejaron como consecuencia la supresión injusta de dos vidas y

perturbaron también a los parientes cercanos de estas personas, se cumple con los elementos que la constituyen existiendo una conducta y un nexo causal con la consecuencia dañosa y por ende debe ser condenado al pago de los perjuicios en la manera como resulte probado.

Interpuesto de manera oportuna en el acto de la notificación de esta sentencia el recurso de apelación con respecto a la resolución del incidente de reparación integral por el defensor y los procuradores judiciales de la Conferencia Episcopal Colombiana, la Diócesis de Pereira y la Parroquia de San José de Mistrató, se concede en el efecto suspensivo para que sea desatado por la Sala Penal de decisión de este Tribunal.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada de la **Diócesis de Pereira** dirigió su discurso a obtener la revocatoria el fallo de primera instancia, pidiendo la desvinculación de su representada y la exoneración en el pago de los perjuicios.

En este mismo sentido se pronunció el apoderado de la **Conferencia Episcopal** y de la **Parroquia de Mistrató** pidiendo que se les releve de responsabilidad civil frente a los daños irrogados por el acusado, de quien se dice el hecho no fue cometido con ocasión de su función sacerdotal.

El apoderado de las víctimas, como sujeto no recurrente, pidió la confirmación de la sentencia recurrida, haciendo una exposición del conocimiento que tuvieron los superiores de los actos del párroco JOSE FRANCEY DIAZ TORO que son vinculantes con su deber de vigilancia y cuidado, pidiendo adicionalmente la condena en costas.

El **defensor del acusado** se mostró de acuerdo con los argumentos de los abogados de la Conferencia Episcopal, de la Diócesis de Pereira y la Parroquia de Mistrató, en lo que respecta a la condena al pago de perjuicios morales.

El mismo sujeto procesal, como **recurrente** con relación a la tasación de los perjuicios, dijo que no se probaron ni cuantificaron, pidiendo se revoque en cuanto al pago de perjuicios y en forma subsidiaria que estos se reduzcan a la mitad cuantificada.

El **acusado JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO** señaló que el celibato fue una opción libre y voluntaria, que nadie lo obligó, que falló como hombre y pidió nuevamente perdón a Dios y a la familia y que no le contó nada al obispo con respecto a la relación que sostenía con la víctima por temor a un escándalo y a su situación como sacerdote.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

Este Tribunal es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación, en razón a lo consagrado en el Artículo 34 numeral 2º del Código de Procedimiento Penal, aunque de entrada advierte que se vislumbra causal de nulidad que enerva la actuación cumplida, por lo que se procederá a pronunciarse sobre ello.

Planteamiento jurídico.

En este orden de ideas, el problema jurídico se contrae a establecer si la Corporación tiene competencia para declarar la nulidad de la

actuación, dado que ello no fue objeto de proposición por parte de los recurrentes y que la sentencia en lo que respecta a la declaración de responsabilidad del acusado, no fue objeto de censura.

Prima facie, adviértase que si bien esta Corporación ha concluido que las sentencias que de consuno han decidido lo atinente a la acción penal y civil, están precedidas de intangibilidad en cuanto no se presente recurso en la instancia contra una u otra, este supuesto no opera cuando quiera que por vía de alzada, de ella conozca el ad quem, y en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, advierta quebrantamiento a los derechos fundamentales o legales de alguno de los sujetos procesales.

En efecto, acudiendo por remisión e integración[1] a las disposiciones adjetivas civiles que regulan en concreto el trámite del recurso de apelación, tenemos que si bien, la competencia del superior se limita en lo que fuere desfavorable al apelante y no se podrá enmendar la decisión a quo en otras materias, no desatendemos lo previsto en el inciso 2º del artículo 357 del Código Procesal Civil, que postula:

> *"(…)*
>
> *"Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145…".*
>
> *"(…)*

A su turno, el artículo 145 ejusdem, regula lo atinente a la declaración oficiosa de las nulidades, cuando quiera que sean insaneables y se faculta para que el fallador asuma su estudio y decida, para lo cual le otorga plena competencia.

[1] Ley 906 de 2004, artículo 25: *"INTEGRACIÓN. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal"*.

Sentado lo anterior, analiza la Colegiatura el preacuerdo que celebró el Delegado de la Fiscalía con el acusado JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO, quien aceptó su responsabilidad penal en los hechos que culminaron con la muerte de la señora MARÍA DEL CARMEN ARANGO CARMONA y la niña M. C. D. A.

En consecuencia los cargos se formularon por el delito de homicidio descrito y sancionado por el artículo 103 del Código Penal bajo un concurso homogéneo y sucesivo, en armonía con las circunstancias de agravación punitiva prevista en el artículo 104, numeral 1º y 7º que se refiere a la consumación de la conducta sobre la descendiente (por la condición de hija de M.C.) y adicionalmente porque actuó prevalido de las condiciones de indefensión e inferioridad de las víctimas.

El preacuerdo firmado, consistió en lo siguiente:

> *"El imputado JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO en forma voluntaria, libre y espontánea acepta los cargos formulados e imputados, previamente informado de todos los derechos inherentes a su defensa consagrados en nuestro código penal y bloque de constitucionalidad, asistido por su defensor a cambio de obtener una rebaja del 50% de la pena que se le imponga y así mismo, para que acorde con esta aceptación se dé aplicación al artículo 61 del Código Penal, inciso final. PENA ACORDADA POR LAS PARTES UNA VEZ HECHA LA TASACIÓN DE LA MISMA ES DE 46 AÑOS DE PRISIÓN, REDUCIDA A LA MITAD POR EL PREACUERDO NOS DA UNA PENA DEFINITIVA DE 23 AÑOS DE PRISIÓN"*.

Lo allí consignado evidencia, con respecto al homicidio perpetrado en la señora MARÍA DEL CARMEN ARANGO CARMONA, que el citado preacuerdo está dentro de la legalidad, pues nada se opone a su viabilidad. Pero no ocurre lo mismo con respecto al aparte que involucra el homicidio del que se hizo víctima a la infante M.C.D.A., dado que para el momento de ocurrir estos hechos (en la noche del 12 de febrero de 2007), se encontraba en vigencia lo previsto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, esto es, la exclusión de

beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena, cuando quiera que los menores sean víctimas de delitos.

La norma en comento ordena en forma perentoria al operador judicial abstenerse de considerar ciertas situaciones que podrían beneficiar la tasación punitiva a quienes han inferido daño a un menor, mediante la ejecución de una conducta punible. Así lo dispone en su aparte pertinente y para el caso concreto:

> *"ARTICULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:*
>
> *(…)*
>
> *"7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004".*

Sobre el tema, ha sido reiterada y constante la posición jurisprudencial, que en estas situaciones, bajo ninguna égida puede accederse a otorgar beneficio alguno que comporte rebaja de la pena, como bien lo ha pronunciado el órgano de cierre ordinario:

> *"Resulta evidente que el legislador en uso de sus atribuciones elimina beneficios legales, judiciales o administrativos y, en el caso concreto, de forma expresa prescinde de cualquier rebaja de pena que surja de los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado.*
>
> *"El contenido de esta norma, hasta la presente, mantiene plena eficacia, por cuanto no existe una exequibilidad condicionada por parte de la Corte Constitucional[2], de manera que la reserva instaurada por el Legislador para la concesión de reducciones punitivas, cuando la víctima sea un infante o adolescente, tiene plena aplicación y contra esta imposición no cabe elucidación alguna, en atención a que el tema de la protección de los derechos de los niños tiene prevalencia, no solo en el régimen interno por expresa disposición constitucional, sino en el*

[2] Sentencia C-738 de 2008

> *ámbito internacional cuyos mandatos hacen parte del bloque de constitucionalidad.*
>
> *"En estas condiciones, si la víctima es una menor, el legislador excluye la posibilidad de obtener rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, disposición que no admite interpretación que pueda demostrar lo contrario, pues basta con verificar el contenido íntegro del artículo 199, con sus 8 numerales, con su parágrafo, para concluir, sin ninguna dificultad, el querer del legislador de restringir la posibilidad de conceder beneficios y subrogados en la fase ejecutiva de la pena, tratándose de formas anticipadas de terminación del proceso, incluidos los de la Ley 600 de 2000, y evitar que allí también fuera reconocidos beneficios de atenuación punitivas, mandato consignado en el parágrafo del precitado artículo".*[3]

Atendidas estas directrices, la Colegiatura debe acudir al mecanismo de la nulidad de las actuaciones cuando quiera que las mismas han vulnerado garantías fundamentales, que en este evento, le asisten a las víctimas de la conducta punible, porque el autor del hecho, señor JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO, no puede acceder a una rebaja de la pena que no autoriza la ley, por el contrario, la restringe a términos de lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

En consecuencia, al formularse los cargos por el homicidio de la menor M.C.D.A., debió advertirse al acusado que no era posible otorgarle la rebaja punitiva que se determinó en el preacuerdo y mal podría concretarse una pena privativa de la libertad de 23 años, como producto de una rebaja del 50%, y que el juez en su función de garante de los derechos de las partes, debió rechazar en aplicación a lo previsto en el inciso 4º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, pues el mismo no obliga en la medida que se quebranta el principio de legalidad de la pena, acorde con lo indicado por el artículo 199-7 de la Ley 1098 de 2006, norma vigente desde su promulgación, según se previó en el artículo 216, inciso 2º del referido Estatuto de la Infancia y la Adolescencia.

[3] Sala de Casación Penal, Radicado 36.596, sentencia de 21 de septiembre de 2011, MP. José Luis Barceló Camacho.

Así mismo la equivocada información que se le brindó al acusado DÍAZ TORO para su aceptación unilateral de los cargos, seguramente que fue base para ello, por lo tanto, deberá enderezarse la actuación y trasladarse a la Fiscalía para que adecue el preacuerdo, de tal suerte que se ajuste a los parámetros legales, acorde con lo dicho en precedencia; es decir, hacerle la advertencia que por expresa prohibición de lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, no es posible el otorgamiento de beneficios punitivos por su aceptación anticipada de responsabilidad, en lo relativo al homicidio de la menor M.C.D.A.

En conclusión, se decretará la nulidad de la audiencia celebrada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría en fecha 21 de enero de 2008, mediante la cual se impartió aprobación al preacuerdo que celebró la Fiscalía General de la Nación con el señor JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO y su defensor, para que en su defecto, se rehaga lo actuado consultando la aplicación de las disposiciones legales que aquí fueron desconocidas.

Por último y en atención a que por esta actuación existe persona privada de la libertad, adviértase que conforme con lo dispuesto por el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011, opera en este evento la reposición de los términos previstos en los numerales 4 y 5 de este canon, toda vez que con la nulidad decretada, se entiende por improbado el preacuerdo celebrado entre el acusado y la Fiscalía General de la Nación.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de lo actuado a partir de la decisión adoptada en audiencia celebrada el 21 de enero de 2008, por la cual el Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría aprobó el preacuerdo que celebró la Fiscalía con el acusado **JOSÉ FRANCEY DIAZ TORO** y en consecuencia, se ordena rehacer la actuación, conforme con los parámetros indicados en la parte motiva.

SEGUNDO: Reanúdense los términos legales para continuar el curso de esta actuación, al tenor del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

TERCERO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

CÓPIESE, COMUNíQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
MAGISTRADA

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
MAGISTRADO

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
MAGISTRADO

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
SECRETARIO