

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ APLICACION INDEBIDA DE NORMA/ REFORMATIO IN
PEJUS

PROCESO : 9576

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.157

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de febrero de 1991, mediante la cual el Tribunal Superior de Orden Público condenó a los procesados JESUS MESIAS BECERRA y JOSE RICAURTE GONZALEZ, a la pena principal de 152 meses de prisión, al declararlos responsables de los delitos de homicidio tentado y lesiones personales, en concurso material de hechos punibles.

Hechos y actuación procesal.-

El 25 de agosto de 1989, a las 2:15 de la tarde, en las instalaciones del Instituto Nacional de Salamina (Caldas), el Ingeniero y dirigente político Pedro Yesid Vélez Trejos fue víctima de un atentado con arma de fuego, recibiendo varios impactos que le ocasionaron muy serias lesiones, impidiéndose un desenlace fatal, gracias a la oportuna intervención médica. En dicho atentado, resultó igualmente herido, en un brazo, el señor

Moisés Cifuentes Tovar, a quien se le fijó una incapacidad definitiva de 20 días sin secuelas.

Por estos hechos, fueron capturados y vinculados al proceso mediante indagatoria Jesús Mesías Becerra y José Ricaurte González, a quienes el Juzgado Primero de Orden Público de Manizales profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, mediante providencia de septiembre 1º de 1989, por los delitos de homicidio tentado, con fines terroristas, conforme a lo previsto en el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, modificado por el artículo 1º del Decreto 261 del mismo año, lesiones personales y cohecho (fls.46 y ss-1).

Perfeccionada la investigación, el Juzgado, de acuerdo con el procedimiento aplicable a estos casos, con fecha 2 de febrero de 1990, ordenó correr los traslados de ley para alegar, y dictó sentencia el 13 de marzo del mismo año, mediante la cual condenó a los procesados a la pena principal de 126 meses de prisión, y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, por el mismo término, como autores responsables de los delitos de homicidio agravado, en el grado de tentativa, lesiones personales y cohecho. El primero, de acuerdo con las normas del Código Penal (art.324.7), en armonía con el artículo 1º del Decreto 1631 de 1987, pues consideró que la prueba no permitía deducir propósito terrorista en la realización del hecho (fls.111 y ss).

En el trámite del recurso de apelación propuesto contra esta decisión por los acusados y la defensa, se trabó colisión negativa de competencias entre la justicia ordinaria y de orden público, que el Tribunal Disciplinario de la época dirimió asignándola a esta última, fundamentándose en que la víctima tenía la calidad de dirigente político, y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, a esta jurisdicción especial le estaba atribuido su conocimiento. Descartó que se tratase de un atentado con fines terroristas (fls.169 y ss).

Mediante la sentencia que es ahora objeto de recurso de casación, interpuesto por la defensora de los procesados, el Tribunal Superior de Orden Público confirmó la condena por los delitos de homicidio tentado y lesiones personales, y absolvió por el de cohecho. En cuanto a las penas, aumentó a 152 meses la privativa de la libertad, y disminuyó a 10 años la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (fls.70 y ss-2).

Ha de aclararse que, por pérdida del cuaderno principal, el recurso extraordinario solamente fue concedido por el Tribunal mediante auto de 16 de febrero de 1994, y en razón a ello se dispuso la averiguación respectiva (fls. 123 ibidem).

La demanda.-

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, la defensa acusa la sentencia impugnada de violar, directamente, los artículos 22 y 61 del Código Penal, por falta de aplicación.

Dice que el Tribunal Nacional omitió deducir las consecuencias de un precepto punitivo que reconoció era aplicable, al no hacer la rebaja que ordena el artículo 22 del Código Penal, en armonía con el 61 ibidem.

Recuerda que la pena estatuida en el artículo 1º del Decreto 261 de 1988, modificatorio del artículo 29 del Decreto 180 del mismo año, para el homicidio con fines terroristas, en tratándose de delito consumado, es de 15 a 25 años de prisión y multa de 50 a 200 salarios mínimos mensuales.

Insiste en que el Tribunal erró al reconocer la existencia de la tentativa, y no darle al artículo 22 del Código Penal el alcance que corresponde, omitiendo hacer la

rebaja respectiva sobre el delito consumado.

Pide, por tanto, que se case parcialmente la sentencia impugnada y se reduzca la pena impuesta a los procesados, aplicando no menos de la mitad del mínimo ni más de las tres cuartas partes del máximo de la sanción señalada para el delito consumado (fls.132 y ss.).

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado considera que la recurrente tiene razón, a pesar de su parquedad en el desarrollo del cargo propuesto. Empieza precisando que a los acusados se les condenó en la primera instancia a la

pena principal de 10 años y 6 meses de prisión, por los delitos de homicidio con fines terroristas en grado de tentativa (art.1º del Decreto 261 de 1988, modificadorio del artículo 29 del Decreto 180 ibidem, en concordancia con el artículo 22 del C. P.), lesiones personales (art.332 del Código Penal) y cohecho (art. 143 C.P.), en concurso de hechos punibles. Que el Tribunal, en segunda instancia, absolvió por el delito de cohecho, manteniendo la condena por los punibles de homicidio tentado y lesiones, en concurso, imponiéndoles, no obstante, la pena principal de 152 meses de prisión.

Dice que sobre el supuesto establecido por el ad quem, de partir “DE LA BASE MINIMA ESTATUIDA EN EL CITADO ARTICULO 1º DEL DECRETO 261 DE 1988”, se deduce que tasó la punibilidad partiendo del mínimo legal, lo cual lo obligaba a imponer una pena no menor de la mitad del mínimo, que siendo de 15 años, permitía llegar a 7 años y 6 meses, sobre los cuales se aumentarían dos meses por las lesiones concurrentes. Agrega que el a quo también partió del mínimo, criterio que se acompasa con el del Tribunal, razón por la cual la cantidad de pena debe mantenerse en el límite máximo del

descuento, pues, de no ser así, se desatienden las reglas del artículo 22 del Código Penal.

Como el ad quem no efectuó la rebaja de pena de

acuerdo con las previsiones del citado artículo, puesto que impuso 150 meses por el delito de homicidio, debiendo haber aplicado solamente 90 (7 años, 6 meses), vulneró la ley sustantiva, como lo sostiene la casacionista.

Al margen de esto, estima que por el solo hecho de haber incrementado el Tribunal la pena impuesta, siendo los procesados apelantes únicos, se quebrantaron los artículos 217 del Código de Procedimiento Penal y 31 de la Constitución Nacional.

Por estas razones, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, para acomodar la punibilidad a los parámetros indicados. Impetra, así mismo, la invalidación de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, por absoluta falta de motivación (fls.61 y ss. del cuaderno de la Corte).

SE CONSIDERA:

Lesiones personales y prescripción.

Antes de abordar el estudio de la demanda, es necesario señalar que la acción penal en relación con las lesiones personales de que fue víctima el señor Moisés Cifuentes Tovar se encuentra prescrita.

Como se sabe, las heridas causadas a Moisés Cifuentes Tovar y que junto con el delito de homicidio en las circunstancias antes reseñadas, integran el concurso de hechos por los cuales se profirió la sentencia impugnada, determinaron una incapacidad definitiva de veinte días, sin secuelas. Esta clase de lesiones, para cuando los hechos ocurrieron y se dictaron las sentencias de primera y segunda instancia, estaban tipificadas

como delito en los artículos 331 y 332, inciso 1º, del Código Penal, con pena privativa de la libertad de 2 meses a 2 años de arresto. De suerte que el término prescriptivo, conforme a las normas de este estatuto (arts.80 y 84), sería de 5 años, que contados desde la fecha de la providencia equivalente al auto de proceder, habrían tenido cumplimiento antes de que el proceso entrara al Despacho para decidir el recurso.

Sobre la base, entonces, de la prescripción de esta conducta punible, la Sala aprehenderá el estudio de la demanda.

Cargo único.-

No es clara la casacionista en el desarrollo del reparo que formula por violación del artículo 22 del Código Penal, pues al precisar el sentido de la infracción, afirma que el juzgador no aplicó las consecuencias previstas en dicha norma, con lo cual da a entender que se la ignoró, a la vez que sostiene que no le dio el alcance correspondiente, proposición que presupone que la tuvo en cuenta, resultando el planteamiento, ab initio, contradictorio.

La falta de aplicación y la interpretación errónea se diferencian porque en la primera el fallador deja de aplicar al caso la norma correcta, en tanto que en la segunda selecciona el precepto apropiado, pero le da un alcance que no corresponde a su texto o espíritu.

De todas maneras, desde la perspectiva que se le mire, el ataque sería infundado. No es cierto que la norma haya dejado de ser aplicada, ni que se hubiese desconocido su sentido. Dicho precepto, establece que la pena para la tentativa, no podrá ser menor de la mitad del mínimo, ni

mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado, lo cual significa que los límites punitivos legalmente previstos para el hecho punible, se modifican ipso iure en las proporciones indicadas, y que es dentro de los nuevos extremos obtenidos, que el juzgador debe tasar la pena respectiva, aplicando los criterios que manda tener en cuenta el artículo 61 ibidem.

Pues bien, el ad quem, al redosificar la pena, partió de la prevista en el artículo 1º del Decreto 261 de 1988, modificadorio del artículo 29 del Decreto 180 del mismo año, para el homicidio con fines terroristas, que es de 15 a 25 años de prisión. La mitad del mínimo, equivale a 90 meses, y las 3/4 partes del máximo, a 225 meses, lo que quiere decir que podía moverse entre estos dos extremos al tasar la sanción respectiva. Y esto fue lo que hizo, al fijar en 150 meses de prisión la pena privativa de la libertad para este ilícito, quantum que se encuentra dentro de los límites previstos en las referidas normas. Si el juzgador hubiese dejado de aplicar el artículo 22 del Código Penal, como lo pregonan la demandante y la Delegada, no habría fijado la pena por debajo de 180 meses (15 años), que es el mínimo adscrito para el delito consumado, según las normas invocadas por el ad quem.

Bien claro fue además el Tribunal, al señalar que la pena impuesta en primera instancia, para el homicidio tentado, sería incrementada a 152 meses, siguiendo los criterios orientadores del artículo 61 del Código Penal, a los cuales agregaría dos (2) meses más por las lesiones personales, “partiendo de la base mínima estatuida en el citado artículo 1º del Decreto 261 de 1988, en armonía con lo presupuestado en el artículo 22 del Código Penal”, expresión esta última a la cual no cabe darle el alcance que pretende la Procuraduría, en el sentido de que el aumento por el concurso debía hacerse sobre la pena mínima prevista para el homicidio tentado por la citada norma, vale decir, 90 meses. Esto no fue lo que quiso expresar el juzgador, ni del contexto de la decisión se infiere tal aserto.

Distinto es que la impugnante no esté de acuerdo con la pena fijada por el ad quem, porque, en su opinión, no consulta los criterios señalados en el artículo 61 del Código Penal, pero este cargo, aparte de no haber sido desarrollado, no tendría asiento por la vía de la violación directa, sino de la indirecta, por cuanto la concreción de la pena, dentro de los límites señalados en la ley, es tarea deferida al juzgador, que cumple de manera discrecional, y comporta consideraciones de orden puramente fáctico, verbigracia la personalidad del procesado, la gravedad y modalidades del hecho punible, y el grado de aproximación al momento consumativo, entre otras.

Por lo demás, el cargo, en los términos propuestos por la recurrente, deviene jurídicamente inalegable, porque la dosificación de la pena realizada por el Tribunal, que la demanda cuestiona, se fundamentó en el artículo 1º del Decreto 261 de 1988, que describe y sanciona el homicidio con fines terroristas, delito por el cual no fueron condenados los procesados. De donde el error, antes que de interpretación del artículo 22 del Código Penal, sería de selección, por aplicación indebida del citado artículo 1º y falta de aplicación de los artículos 323 y 324 del Código Penal.

En la sentencia de primera instancia, el Juez descartó, por falta de prueba, que la conducta hubiera estado motivada por fines terroristas. Por esta razón, aplicó las normas del Código Penal, relativas al homicidio agravado (arts.323 y 324.7), en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1631 de 1987, en razón a la calidad de dirigente político del sujeto pasivo, y no las de orden público (arts.29 y 30 del Decreto 180 de 1988, y 1º del Decreto 261 del mismo año), atañederas al homicidio con propósitos terroristas. Veamos:

“Debemos decir, en este momento procesal que, aún cuando al resolver la situación jurídica se dijo que, los encartados habían violado el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, modificado por el artículo 1º del Decreto 261 del mismo año, se debe aceptar que, en realidad de verdad, la disposición violada fue el artículo 323 del Código

Penal, porque la tentativa no se cometió con fines terroristas. Con la circunstancia de agravación punitiva del numeral 7º del artículo 324 del Código Represor. Y, la del artículo 1º del Decreto 1631 de 1987” (fls.117 y 118).

Esta postura fue prohiada por el Tribunal Disciplinario al dirimir la colisión surgida entre la justicia ordinaria y la de orden público, después del proferimiento de este fallo. La competencia, como se recuerda, se mantuvo en cabeza de esta última por la calidad de dirigente político de la víctima (art.2º del Decreto 474 de 1988).

En el fallo impugnado, ningún comentario en sentido distinto del expresado por el a quo en relación con la adecuación típica de la conducta, se hizo por parte del Tribunal. Por el contrario, se la acoge implícitamente, y se parte de ella para redosificar la pena, solo que al entrar a cuantificarla, se aplicaron equivocadamente las normas de orden público relativas al homicidio con fines terroristas, como se desprende de los siguientes apartes:

“Ya se vio que a los inculcados se les condenó a la pena principal de 10 años y 6 meses de prisión, como coautores de las conductas punibles consagradas en los artículos 323, 324, ordinal 7º, en armonía con el artículo 22 del Código Penal, por el homicidio tentado en concurso con el de lesiones personales, art.332 de la obra en cita y el cohecho.

“Es este orden de ideas, la Sala, siguiendo los criterios orientadores para fijar la pena señalada en el artículo 61 del Código Penal, estima que, dada la forma y manera como se llevó a cabo la empresa criminal, la colocación de las víctimas en estado de indefensión, la forma premeditada y fría, la sanción punitiva debe ser incrementada en virtud de las exigencias del art.1º del Decreto 261 de 1988, modificatorio del art.29 del Decreto 180 del mismo año, norma que consagra como sanción mínima para sus infractores la de 15 años de prisión y multa de 50 a 200 salarios mínimos legales” (fls.56-2).

El error, llamado de selección, se presenta cuando el juzgador se equivoca en la calificación jurídica de los hechos, o cuando habiendo acertado, elige una norma distinta para deducir las consecuencias jurídicas. En esta segunda falencia, incurrió el juzgador, la cual, por ser de mayor cobertura, deja sin piso la dosificación cuestionada en la demanda.

Por carecer entonces de fundamento, se desecharán las pretensiones de la impugnante y las consideraciones que en su discurso de prohibición hace la Delegada en relación con el mismo punto.

Casación oficiosa.-

Reformatio in pejus:

Ante todo debe decirse que para la fecha del fallo del Tribunal, no estaba vigente la actual Carta Política, que prohibió la reforma de la sentencia en disfavor del procesado cuando es apelante único (art.31, inciso 2º), ni el actual estatuto procesal, que reproduce literalmente la misma disposición, en su artículo 17. Pero como se trata normas de contenido sustancial, favorables al procesado, no se discute su aplicación inmediata, máxime si se tiene en cuenta el contenido de su artículo 4º, según el cual, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, deben aplicarse las normas constitucionales.

La Corte ha sido reiterativa al sostener que la prohibición de la reformatio in pejus tiene operancia cuando la revisión de la sentencia depende exclusivamente de la voluntad del procesado o su defensor, de manera que el superior no puede revisar el fallo de no mediar dicha impugnación, hipótesis que se presenta cuando los otros sujetos procesales, con interés para hacerlo, no recurren, y la sentencia no está sujeta al grado

jurisdiccional de consulta (art.217 Código Penal, modificado por el art.34 de la ley 81 de 1993).

De acuerdo con las normas que se encontraban vigentes cuando el Tribunal de Orden Público resolvió el recurso de apelación (art. 5º, numeral 4º, Decreto 2790 de 1990, modificado por el artículo 1º del Decreto 99 de 1991), la sentencia no era consultable. Y, nadie más, aparte de los procesados y su defensor, la impugnó. De suerte que las nuevas normas, devienen aplicables al caso en estudio.

El Juzgado de primera instancia, al tasar la pena a imponer a los procesados, como autores responsables de los delitos de homicidio tentado, lesiones personales y cohecho, hizo, en lo fundamental, estas precisiones:

“Cuando se trata de concurso de hechos punibles, dispone el artículo 26 del Código Punitivo que, se partirá de la pena que tenga establecida el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto.

“En conclusión. En el caso sub judice, debe partirse de la pena que señala el artículo 324 del Código Penal. Señala, para sus infractores, prisión de 16 a 30 años. Y, como nos encontramos ante un delito en la modalidad de tentativa, artículo 22 ibidem, esa penalidad sería ocho años.

“Y, ese mínimo de ocho años, debe tener un incremento de dos años, una cuarta parte, por mandato del artículo 1º del Decreto 1631 de 1987. Concordante con el artículo 2º de la norma en cita. El ofendido Yesid Trejos es dirigente político.

“Y, por el concurso de hechos punibles, se hará otro aumento de seis (6) meses, quedando en definitiva, la pena a imponer, en diez años y seis meses de prisión” (fl. 119-1).

Al revisar este fallo, el Tribunal absolvió a los procesados por el delito de cohecho, pero les incrementó la pena por el delito de homicidio, en el grado de tentativa, de 120 a 150 meses de prisión. A este último respecto, anotó:

“Así las cosas, resulta obvio y jurídico imponer como pena principal a los acusados CIENTO CINCUENTA MESES DE PRISION por el delito de homicidio tentado y DOS MESES más en virtud del concurso con las lesiones personales, partiendo de la base mínima estatuida en el citado artículo 1º del Decreto 261 de 1988, en armonía con lo presupuestado en el artículo 22 del Código Penal...” (fls.85-2).

Por tanto, en aplicación del principio de la prohibición de la reformatio in pejus, la Sala casará parcialmente la sentencia impugnada, para mantener la pena fijada por el a quo en relación con dicho ilícito, y para hacer claridad en el sentido de que se la deduce por el delito de homicidio agravado, conforme a las previsiones de los artículos 1º y 2º del Decreto 1631 de 1987, 323, 324.7 y 22 del Código Penal, en los términos señalados en la sentencia de primera instancia.

Prescripción de las lesiones personales:

De conformidad con lo anotado en la primera parte de las consideraciones de este fallo, se declarará prescrita la acción penal en relación con esta conducta y se harán los ajustes punitivos pertinentes, teniendo en cuenta que el Juzgado aumentó en seis (6) meses la pena por razón del concurso, es decir, por las lesiones personales y el cohecho, y que en relación con este último ilícito el Tribunal absolvió a los acusados. De allí que por estos aspectos no cabe hacer incremento alguno.

Esto significa que los procesados Jesús Mesías Becerra y José Ricaurte González, deben responder solamente por el delito de homicidio, en el grado de tentativa,

y que por este ilícito deben purgar diez (10) años de prisión.

Suspensión de la patria potestad:

Encuentra la Sala que la imposición de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, por un tiempo igual a la principal, no mereció de los juzgadores de instancia motivación alguna, desconociéndose, por tanto, las razones que pudieron haber tenido para su aplicación. Ya en repetidas oportunidades, esta Colegiatura ha dicho que una tal decisión debe ser motivada, por cuanto es al juzgador a quien corresponde analizar su procedencia. Como no se hizo, habrá de invalidársele, pues además no se advierte que su aplicación sea necesaria en el presente caso.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

1.- DESESTIMAR la demanda de casación presentada por la defensora de los procesados.

2.- DECLARAR PRESCRITA la acción penal respecto de las lesiones personales de que se hizo víctima al señor Moisés Cifuentes Tovar.

3.- CASAR PARCIALMENTE, de manera oficiosa, la sentencia impugnada, para introducir las siguientes modificaciones:

a) Se condena a los procesados JESUS MESIAS BECERRA y JOSE RICAURTE GONZALEZ, a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autores responsables del delito de homicidio agravado, en el grado de tentativa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 323 y 324.7 del Código Penal, en concordancia con el Decreto 1631 de 1987, artículos 1º y 2º.

b) Dejar sin efecto la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta a los procesados.

En lo demás, la sentencia recurrida conserva su validez.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

NO FIRMO

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA

