

Proceso No. 9993

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.112 julio 29/98

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados FLOR NUBIA BEJARANO y HEBLER RAMIREZ CARDONA a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de diez salarios mínimos mensuales como autores responsables de la conducta punible prevista en el artículo 33, inciso primero, del estatuto nacional de estupefacientes (ley 30 de 1986).

Hechos y actuación procesal.

El 2 de febrero de 1994, en las primeras horas de la mañana, unidades de la Policía Metropolitana de Santa Fe de Bogotá detuvieron en el barrio Lucero Alto el taxi de placas SEE-208, en el cual se movilizaban Javier Orlando Torres Vanegas (conductor), Hebler Ramírez Cardona y Flor Nubia Bejarano (pasajeros), con el propósito de efectuar una requisa, hallando en poder de esta última una bolsa con 4.372 papeletas contentivas de 1.708,2 gramos de cocaína, peso neto (fls.1, 2, 3, 33, 89).

Iniciada la investigación, la Fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria

a los ocupantes del vehículo y resolvió la situación jurídica de Flor Nubia Bejarano y Hebler Ramírez Cardona con medida de aseguramiento de detención preventiva por infracción a la ley 30 de 1986, artículo 33, inciso primero. Respecto de Torres Vanegas, se abstuvo de proferir medida precautelativa, disponiendo su libertad inmediata (fls.15, 19, 23, 26 y 65).

A instancias de la defensa y previo cumplimiento del trámite previsto en el artículo 37 del estatuto procesal (modificado por los artículos 3º de la ley 81 de 1993 y 11 de la ley 365 de 1997), el Juzgado 57 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá dictó sentencia anticipada el 23 de marzo de 1994, mediante la cual condenó a los procesados a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de diez salarios mínimos mensuales, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena aflictiva, como autores responsables de la conducta punible prevista en el artículo 33.1 de la ley 30 de 1986, y les negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (fls.108,109, 126, 148).

Inconforme con esta última decisión, el defensor de los procesados apeló el fallo, pero el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el suyo que ahora es motivo del recurso extraordinario, lo confirmó en los aspectos objeto de impugnación (fls.36-2).

En el trámite de casación la Corte otorgó a los acusados la libertad provisional, de conformidad con lo establecido en los artículos 55.2 de la ley 81 de 1993 y 72 del Código Penal, tras acreditar el cumplimiento de las 2/3 partes de la pena, la ausencia de antecedentes y su buena conducta en el establecimiento carcelario (fls. 72 cuaderno de la Corte).

La demanda.

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, el censor acusa la sentencia impugnada de violar directamente la ley sustancial, por

interpretación errónea del artículo 68 del Código Penal.

Sostiene que los juzgadores de instancia al negar el subrogado penal de la condena de ejecución condicional malinterpretaron el citado precepto, le dieron “un sentido equivocado, un mal entendimiento, apreciación diferente, como quien dice se le hizo producir efectos futuristas que no contempla la norma en mención y que por ende le son contrarias, dicho alcance no es permitido ni siquiera al propio legislador dado que su interpretación es coetánea al hecho concreto y no lo que estará por suceder, es así que donde no distingue el legislador mucho menos lo puede hacer el juzgador”.

Si bien es cierto delitos como los previstos en la ley 30 de 1986, merecen reproche social, atendidas las circunstancias de riesgo para la comunidad, debe advertirse que el artículo 68 no tiene dicho alcance apreciativo, y que para el otorgamiento del subrogado debe partirse de análisis concretos de la personalidad de los procesados, las circunstancias y gravedad del hecho.

Cuando se dice gravedad del hecho, es necesario analizar el daño social, pero no subjetivamente, ni a la ligera, sino que se debe establecer en concreto cuál fue el daño causado o que puso en peligro la niñez o la juventud, sin que se pueda partir de supuestos subjetivos, sobre hechos no sucedidos. El daño social no puede descansar en la premisa “qué pasaría si se hubiese distribuido la cantidad de cocaína decomisada y su efectiva utilización, cuando en verdad no alcanzó tales dimensiones”.

Fue esto precisamente lo ocurrido con la decisión del ad quem, pues mientras los grandes capos de la mafia son beneficiados con “exhaustivas (sic) concesiones” por sometimiento a la justicia, como forma de legalizar los grandes capitales, personas como Flor Nubia Bejarano y Hebler Ramírez Cardona, que por cuestiones de la vida se ven en la penosa necesidad de ejecutar esta clase de conductas, en aras no de dañar la sociedad, sino para poder sobrevivir ante su indiferencia, son sometidas a

terapia penitenciaria.

Aceptando en gracia de discusión que este tratamiento es necesario, las instancias debieron precisar en qué consistía y cuánto tiempo debía ser considerado suficiente para su readaptación, teniendo en cuenta el quantum de la pena impuesta. Pero esta precisión, desde luego, no es posible hacerla. No habrá juristas, psicólogos ni afines que puedan establecerlo, y sólo serán apreciaciones subjetivas que tendrán variación dependiendo de los valores, convicciones o resentimientos de quien la lleve a cabo, siendo los resultados diversos entre sí, puesto que tampoco existen reglas específicas para su determinación.

Apoyado en estos planteamientos solicita a la Corte crear jurisprudencia “en el sentido de establecer cuál es el factor tiempo, referenciado a una condena en concreto, para determinar que un condenado con pena de prisión inferior a 36 meses (art. 68, numeral 1º C.P.) ya ha cumplido con el tratamiento penitenciario”, y otorgar en favor de sus representados el subrogado de la condena de ejecución condicional (fls.75-2).

Escrito apreciatorio.

El Procurador 14 en lo Judicial Penal se opone inicialmente a las pretensiones del casacionista por considerar que no demuestra cómo el juzgador erró en la interpretación del artículo 68 del Código Penal, pero en seguida replantea el cargo para demandar el otorgamiento del subrogado, sobre el supuesto de que el Tribunal, al valorar en abstracto y no en concreto la gravedad del hecho punible, erró en la interpretación del referido precepto (fls.95 y ss).

Concepto del Ministerio Público.

Después de analizar cada uno de los elementos de naturaleza subjetiva requeridos para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, el Procurador

Tercero Delegado en lo Penal sostiene que cada uno está referido a aspectos claramente diferenciables y autónomos: la personalidad, al procesado; la naturaleza del hecho, al tipo de delito y su vigencia social; y, las modalidades, a la situación particular en que se desarrolló la conducta. Todos ellos, a su turno, permiten establecer, frente a las funciones de la pena, la necesidad o no de tratamiento penitenciario.

En el primero (la personalidad), es preciso determinar “si el acusado ha revelado tener personalidad inadaptada al medio social, condiciones psíquicas internas que lo inciten al desobedecimiento o falta de internalización de las normas de convivencia social, o bien condiciones de su conformación interior que determinen la intervención de un sistema coactivo directo, para su mejoramiento o inocuización”. Este estudio no pretende establecer la peligrosidad del autor para imponer por ella una sanción, sino fijar sus condiciones específicas frente a la reacción estatal, su sentido de responsabilidad social y la influencia del proceso y la pena en su personal manera de asumir la convivencia social. Estará regido además por las funciones retributiva y resocializadora de la pena, “en cuanto permitirá determinar si el castigo adecuado al delincuente es su internamiento en la prisión, bien porque ninguna otra respuesta punitiva lograría los efectos benéficos que se suponen en el sistema penitenciario, ora porque es necesario someter al sentenciado a un particular sistema de disciplina que garantice la internalización de los valores generalmente aceptados en la sociedad en la que se ha de desenvolver al cumplimiento de la pena”.

En el segundo, se estudiará la necesidad de un efectivo cumplimiento de la sanción, fundamentalmente desde la óptica de las funciones preventiva y protectora de la pena, en cuanto que las condiciones que a tal factor pertenecen, aluden principalmente a la percepción social de la conducta y las consecuencias que el delito tiene en las relaciones sociales, en la transmisión de los valores culturales y morales, y la forma como se afecta la comunidad.

El tercero, complementa el juicio que el juzgador hace respecto de la personalidad del sentenciado, y permite establecer las necesidades de protección social, que son connaturales al sistema penal y la procedencia o no de un tratamiento rehabilitador.

En el caso particular, el Tribunal apoyó su decisión de exigir el cumplimiento de la pena en un razonado análisis de las condiciones que determinan la gravedad del hecho punible, en cuanto conducta que implica un serio atentado contra importantes bienes jurídicos y una afectación de las condiciones de desarrollo social de la infancia y la juventud.

Dichas motivaciones, no implican un juicio previo sobre lo que hubiera podido pasar si se hubiera logrado la distribución del estupefaciente, sino la concreción de las razones que llevaron al juzgador a considerar como delito de especial gravedad, en la hora actual, el tráfico de estupefacientes, y la necesidad de que la pena en tales casos se cumpla como elemento disuasorio, habida consideración del peligro que la conducta representa.

La situación de los procesados no se examinó, como parece entenderlo el recurrente, a partir de meras especulaciones, sino que razonadamente se expuso por qué la pena debía hacerse efectiva, atendiendo sus funciones protectora y preventiva, que aconsejaron tratamiento penitenciario como respuesta institucional adecuada al hecho.

La naturaleza del acontecer delictivo como criterio determinador del subrogado debe examinar los efectos que una particular forma de delincuencia tiene en la comunidad, y aún cuando en los delitos de daño individual o concreto generalmente se impone el análisis del episodio delictivo frente a las particularidades del núcleo social en que se produjo, en los que el daño se dirige a todos los miembros de la

comunidad no es posible este examen, justamente porque debido a su naturaleza el legislador adelanta el momento de protección del bien jurídico, pues estima, por razones de política criminal, que el ataque demanda una respuesta mucho mas estricta.

En las anotadas condiciones, no es dable afirmar que la sentencia haya interpretado erróneamente el artículo 68 del Código Penal, como lo sostiene el impugnante, cuyo discurso está realmente orientado a discutir la institución misma de la prisión, porque no cumple con las funciones que legislativamente le han sido asignadas.

Pide a la Corte no casar la sentencia impugnada, y abstenerse de pronunciarse sobre los planteamientos del Procurador Judicial no recurrente, en cuanto se aparta de las proposiciones contenidas en la demanda para formular una nueva censura.

SE CONSIDERA:

1. Reiteradamente ha sido dicho por la doctrina de la Corte que la violación directa de la ley sustancial puede llegar a presentarse por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea de un determinado precepto, acogiendo de esta manera el criterio de clasificación trimembre de los sentidos de la violación, que reconoce total autonomía al último de ellos.

Dentro de esta categorización, se entiende que existe falta de aplicación cuando el juzgador deja de aplicar al caso la norma correcta; aplicación indebida cuando aduce una norma equivocada; e, interpretación errónea, cuando acierta en la selección del precepto que debe regular el caso y lo aplica, solo que dándole unos alcances o efectos distintos de aquellos que jurídicamente le corresponden.

La diferencia de las primeras con la última, radica en que en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, característica que no comparte la tercera, donde el yerro es solo de exégesis, pues se

parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta.

No importa, para efectos de precisar el concepto de la violación, los motivos que pudieron haber llevado al juzgador a la transgresión de la disposición sustancial; lo que realmente cuenta es la decisión que el juzgador adopte en relación con ella. En este orden de ideas, si la norma es aplicada debiendo no serlo o inaplicada debiendo serlo, habrá llanamente aplicación indebida o falta de aplicación, según cada caso, independientemente de que al error se haya llegado porque el juzgador se equivoca sobre su existencia, validez, o alcance.

En síntesis, si una determinada norma de derecho sustancial ha sido incorrectamente seleccionada, y este error ha sido determinado por equivocaciones del Juez en la auscultación de su alcance, habrá aplicación indebida o falta de aplicación, pero no errónea interpretación del precepto, puesto que para la estructuración de este último sentido de la violación se requiere que la norma haya sido y deba ser aplicada.

Estas precisiones son desatendidas por el actor en el caso sub judice, pues si los juzgadores de instancia dejaron de aplicar el artículo 68 del Código Penal, el ataque debió enderezarse con apoyo en este sentido de la violación de la ley, no por interpretación errónea del precepto, como se hizo, en el entendimiento de que cuando se llega a la inaplicación o aplicación indebida de una norma por errores de exégesis, se estructura también este concepto de la infracción. Lo que no podría ocurrir sería lo contrario: que pudiera alegarse una interpretación errónea de una norma que termina no aplicándose.

Esta postura, no obstante, en nada afecta el estudio del cargo, pues es claro que el ataque descansa sobre el supuesto implícito de haberse dejado de aplicar el citado artículo 68 (modificado por el Decreto 141 de 1980, artículo 1º), debido a vicios en la

concreción de sus alcances jurídicos.

2. Los fundamentos de la decisión impugnada, en cuanto dice relación con la declaración de improcedencia del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, descansan en la consideración de que si bien es cierto la personalidad de los acusados y las modalidades del hecho punible permitían un juicio positivo sobre su viabilidad, dada la ausencia de antecedentes penales y su entrega voluntaria a las autoridades, no ocurría lo mismo con la gravedad del hecho punible, puesto que esta clase de conductas “constituyen un verdadero atentado contra la salubridad pública, contribuyen a la descomposición social, menoscaban los valores socioculturales de la comunidad y representan un riesgo constante para la niñez y la juventud, bases del andamiaje social”. Y agrega:

“Es por ello, que la Sala, sin pecar de peligrosista, considera que los delincuentes dedicados a la comercialización y distribución de estupefacientes, constituyen una verdadera amenaza para la sociedad y por consiguiente deben purgar sus penas, aún las de corta duración, privados de la libertad y sometidos a tratamiento intramural, como lo estimó el fallador primario” (fls.41-2).

3. Estas apreciaciones, en sentir del actor, son equivocadas, puesto que el análisis de los presupuestos establecidos en el artículo 68 del Código penal para la procedencia del subrogado debe hacerse frente al caso concreto, sin que sean viables reflexiones abstractas ni futuristas en torno de ellos, especialmente en cuanto tiene que ver con la gravedad del hecho, aspecto que imponía hacer precisión sobre el “daño ocasionado y que puso en peligro la niñez y la juventud”.

4. Tradicionalmente ha sido dicho por la Corte que los factores condicionantes del otorgamiento de la condena de ejecución condicional son de naturaleza objetiva y subjetiva, y que la acreditación de los primeros (clase de pena y duración)

constituye presupuesto necesario para poder avanzar en la constatación de los últimos, cuyo análisis ha sido dejado por la ley al juicio prudente y equilibrado del funcionario judicial.

También ha sostenido que los aspectos que componen el factor subjetivo (personalidad, naturaleza y modalidades del hecho), deben conjugarse positivamente en favor del acusado para que el sustituto pueda ser otorgado, y que el Juez en el estudio de ellos goza de un amplio margen de discrecionalidad, operable en el marco de la racionalidad y el buen juicio, sin llegar a pecar de insólita rigidez o excesiva largueza, que puedan perjudicar al procesado o sembrar incertidumbre o desconfianza en la comunidad (Cfr. Casación de abril 24/92. Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez).

El estudio de la naturaleza y modalidades del hecho punible busca fundamentalmente establecer su gravedad o trascendencia, y a partir de allí conocer los rasgos de la personalidad del procesado, como manifestación de su forma de ser y de actuar en comunidad, no siendo por consiguiente acertado deslindar, como lo hizo el ad quem, unos aspectos de otros.

En este análisis, no pueden ser solo objeto de estudio los factores relacionados con la caracterización puntual de la conducta típica, como pareciera entenderlo el libelista, sino también los que permiten establecer su dañosidad (entidad del bien jurídico tutelado, intensidad de su afectación y repercusiones en el ámbito social), así como la forma y grado de culpabilidad.

Estos aspectos, examinados conjuntamente, han de servir de fundamento para determinar si el sujeto agente requiere o no tratamiento penitenciario, análisis que necesariamente debe comprender un balance prospectivo de su actitud comportamental, con miras a determinar si está en condiciones de reinserirse a la vida social, o si debido a incapacidad para resolver sus conflictos, requiere asistencia,

existiendo la probabilidad seria de que reincida en actos delictivos.

En el caso que es objeto de análisis, el Tribunal negó a los acusados la suspensión condicional de la condena haciendo especial énfasis en la naturaleza del bien jurídico tutelado y las repercusiones sociales de esta clase de comportamientos, pues estimó que las personas dedicadas a la distribución y comercialización ilícita de sustancias estupefacientes representan un verdadero peligro para la sociedad, y en tal medida debían purgar siempre las penas, aún las de corta duración.

Esta postura, a pesar de los términos en que está concebida, no adviene equivocada para el caso concreto, ni trasciende los márgenes de discrecionalidad racional de que goza el juzgador en el análisis de los factores condicionantes del subrogado, cuya transgresión el censor tampoco demuestra. La propia Corte ha venido siendo especialmente severa frente a conductas delictivas que, como en el caso del narcotráfico, ameriten tratamiento penitenciario.

La entidad del bien jurídico tutelado no puede ser factor de prohibida consideración en el proceso de estudio sobre la procedencia del sustituto, como parece entenderlo el casacionista. La realidad social enseña que al compás de las mutaciones que con el paso del tiempo experimentan en el conglomerado los valores éticos y culturales vigentes, varía también el grado de reprochabilidad de las conductas delictivas, haciendo que éstas adquieran, según el momento, un mayor o menor grado de relevancia social.

Este fenómeno, por su misma naturaleza, requiere ser analizado frente a las concretas circunstancias históricas en que ha tenido lugar el acontecer delictivo, labor que, como resulta lógico, solo puede llevarla a cabo el Juez, dentro del amplio margen de discrecionalidad de que goza en el estudio de los aspectos determinantes de la

condena de ejecución condicional, como viene de ser precisado en párrafos anteriores. De allí que las críticas que le han sido formuladas al fallo por haber el funcionario judicial incursionado en el análisis del bien jurídico tutelado, y las agudas repercusiones sociales de la conducta, resultan inaceptables.

El otro argumento aducido por el libelista contra la declaración de improcedencia de la condena de ejecución condicional, en el sentido de que el ad quem no precisó, como correspondía hacerlo, el daño individual ocasionado con la conducta, tampoco es acertado, pues, como lo anota el Procurador Delegado en su concepto, cuando el delito afecta fundamentalmente valores o intereses de contenido social, no se requiere entrar en el análisis del episodio delictivo frente a las particularidades del núcleo social en que se produjo, justamente porque debido a su naturaleza la ley anticipa el momento de protección del bien jurídico, para fijar en éste, no en uno ulterior, el momento de su relevancia jurídico penal.

Es de precisar, finalmente, que no es exigencia a hacer al juzgador, que determine de modo prospectivo el tiempo mínimo de resocialización del sentenciado, como lo pretende el censor, y que la circunstancia de que el instituto de la prisión no cumpla las funciones que le han sido asignadas, no autoriza dejar en libertad a los procesados. Hacerlo sería “avanzar hacia la sinrazón de impedir el funcionamiento de las instituciones del estado encargadas de la represión penal, patrocinando de este modo la violación de las garantías judiciales -que se encuentran consagradas en el ordenamiento positivo como mandatos de imposible desconocimiento para los funcionarios del Estado-e incluso la impunidad, pues una tal postura implicaría la imposibilidad de imponer pena alguna por cualquier delito, en tanto que la prisión no cumple con ninguna de las funciones legalmente previstas, con el consecuente detrimento de las bases mismas del estado de derecho”, como de igual manera lo explica el Procurador Tercero en su concepto, dando así lugar a la más práctica de las fórmulas para que el Estado incumpla los compromisos sociales que

históricamente le incumben.

Estas consideraciones, y las que adicionalmente formula la Delegada, que la Sala comparte, resultan suficientes para desestimar la censura.

Alegato apreciatorio.

Una vez más debe la Corte precisar que esta oportunidad de alegación ha sido establecida para que los sujetos procesales no recurrentes puedan coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la demanda, no para que presenten un nuevo escrito impugnatorio, como lo hace en el presente caso el Procurador 14 en lo Judicial Penal después de pedir la desestimación de la demanda.

Si el funcionario consideraba que la decisión de los juzgadores de instancia se apartaba del ordenamiento jurídico, ha debido, en su condición de Representante del Ministerio Público, impugnar oportunamente la sentencia y presentar la correspondiente demanda, a fin de que la Corte pudiera entrar a estudiarla, pero no pretender a través del escrito apreciatorio la formulación de una nueva censura sin haber interpuesto siquiera el recurso.

Casación oficiosa.

Advierte la Sala que los juzgadores de instancia al proferir la decisión condenatoria dejaron de aplicar a la pena de multa el descuento de la tercera parte previsto en el artículo 37 del estatuto procesal (modificado por el 3º de la ley 81 de 1993) para quienes se acogen en la etapa del sumario al instituto de la sentencia anticipada. Por tanto, se procederá a su reconocimiento, con fundamento en la facultad oficiosa que a la Corte confiere el artículo 228 del estatuto procesal.

Siguiendo los parámetros tenidos en cuenta para la cuantificación de la pena

privativa de la libertad, el descuento deberá hacerse a partir del mínimo previsto por la norma legal, es decir de diez (10) salarios, para una pena pecuniaria definitiva de 6.66 salarios mínimos mensuales.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Tercero 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 el defensor de los procesados Flor Nubia Bejarano y Hebler Ramírez Cardona.

2. CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO la sentencia impugnada para fijar en 6.66 salarios mínimos mensuales la pena de multa para cada uno de los acusados.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

JORGE CORDOBA POVEDA

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA