

Proceso No 20208

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 037

Bogotá D. C., cinco (5) de mayo de dos mil cuatro (2004).

## VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de DAIRON ANTONIO BALLESTEROS CASTAÑO contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida el 8 de marzo de 2002, por medio de la cual lo condenó a la pena principal de 71 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y al pago de los perjuicios materiales, como coautor de los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Así mismo, lo absolvió por el punible de secuestro simple.

## HECHOS

El Procurador Delegado los narró de la siguiente manera:

“En horas de la noche del 17 de marzo de 2001, un individuo provisto de arma de fuego y el rostro cubierto, con la ayuda de una mujer acompañada de un niño, se

subió al vehículo de servicio público que conducía José Bayron Piedrahita Bedoya, lo obligó a tomar el rumbo del sector Santa Cecilia de la ciudad de Medellín, donde se sumaron otros sujetos también armados y lo despojaron del automotor en unos cañaduzales.

“Posteriormente, en cercanías de la Universidad Nacional miembros de la Policía interceptaron el vehículo y capturaron a Dairon Antonio Ballesteros Castaño, Carlos Alberto Marulanda Contreras, Alexander Herrera Murillo, Jesús María Tobón Arboleda y el menor Giovanni Andrés Chaverra Rueda, hallándoseles en su poder dos escopetas

“Por la colaboración del último se conoció el sitio donde se tenía retenido al conductor por parte de otros sujetos y se logró su liberación. ”.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en el informe policial, la Fiscalía 80 de la Unidad Quinta de Fiscalías, el 21 de febrero de 2001, declaró abierta la instrucción.

Escuchados en indagatoria Jesús María Tobón Arboleda, Dairon Antonio Ballesteros Castaño y Carlos Arturo Marulanda Contreras, la situación jurídica se les resolvió, el 27 de febrero de 2001, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto calificado y agravado, secuestro simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

La investigación se cerró el 19 de junio de 2001 y, el 16 de julio siguiente, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los procesados y por los delitos citados en precedencia.

El expediente pasó al Juzgado Décimo Noveno Penal del Circuito de Medellín que, luego

de haber declarado la nulidad parcial de lo actuado respecto de Jesús María Tobón Arboleda y celebrada la audiencia pública, el 10 de diciembre de 2001, condenó a Carlos Alberto Marulanda y a Dairon Antonio Ballesteros Castaño a las penas principales de 71 meses de prisión y multa de \$14.300.000, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y al pago de perjuicios, como coautores de los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Apelado el fallo por los defensores, el Tribunal Superior de Medellín, el 8 de marzo de 2002, lo confirmó parcialmente, toda vez que absolvió a los procesados por el delito de secuestro simple. Sin embargo, al momento de redosificar la pena privativa de la libertad mantuvo los 71 meses de prisión impuestos en la primera instancia. En cuanto a la pena de multa la revocó y rebajó los perjuicios por razón de la citada absolución.

Débase aclarar que la Sala, mediante fallo de tutela del 18 de julio de 2002, en la que intervinieron entre otros Magistrados los doctores Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Herman Galán Castellanos, Jorge Anibal Gómez Gallego y Edgar Lombana Trujillo, este último en calidad de ponente, tuteló, de manera provisional, a favor del procesado recurrente el derecho fundamental de la prohibición de la reformatio in pejus. De igual manera, dispuso que el defensor presentara la correspondiente demanda de casación, habilitando los correspondientes términos para el efecto.

## LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado Ballesteros Castaño, luego de señalar que se acoge a los lineamiento de la casación excepcional, acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 61 del Código Penal.

Dice que no obstante que el juzgador de segunda instancia absolvió al procesado por el delito de secuestro, le impuso la misma pena que le fue fijada en la primera instancia, esto es, los 71 meses de prisión.

Aclara que cuando el Tribunal, “al abordar el tema cuantitativo de la pena final ordenada, se hace como si no hubiera revocado el delito de secuestro simple. Al procederse de esa manera en la condena de segunda instancia en su resolución comporta de hecho la interpretación errónea del precepto legal número 61 del C.P. –que en consideración a los mismos argumentos de la Sala Penal de Decisiones del Honorable Tribunal Superior de Medellín-, se debió tener en cuenta –como en efecto se hizo-, pero se interpretó y aplicó de forma errática. De hecho así igualmente, se debió rebajar la pena, solamente por los punibles de hurto calificado- agravado en concurso delictual con porte ilegal de armas de fuego. Fenómenos que –reiteramos- fue omitido por los falladores de segunda instancia”.

Reitera que el juzgador de segunda instancia no obstante de haber absuelto a los procesados por la conducta punible de secuestro simple, les dejó la pena que fue tasada en primera instancia, es decir, 71 meses, lo que sin duda condujo a la interpretación errónea de la ley y a la vulneración del postulado consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política y 17 y 227 del Código de Procedimiento Penal, tal como acertadamente lo dedujo la Corte en fallo de tutela fechado el 18 de julio de 2002.

Luego de explicar cómo debió determinarse la pena, de acuerdo con lo reglado en el artículo 61 del Código Penal, la que debía ser de 38 meses de prisión, y de insistir que el juzgador vulneró lo estatuido en el artículo 61 del Código Penal, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada y, en su lugar, redosificar la pena impuesta con acatamiento a lo reglado en el artículo 31 de la Constitución Política.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

#### CUARTO DELEGADO PARA LA CASACION PENAL

Después de informar que en este evento procedía la casación ordinaria, manifiesta que efectivamente el Tribunal hizo más gravosa la situación de los procesados, toda vez que no obstante haberlo absuelto por el delito de secuestro simple les dejó la misma sanción que les fue impuesta en primera instancia, tal como lo reconoció la Corte al fallar la tutela interpuesta.

A continuación copia la dosificación hecha por el juzgador de primera instancia en virtud al citado fallo de tutela y afirma que a los procesados ya se le concedió la libertad condicional.

Así mismo, aduce que el Tribunal cometió dos errores al momento de dosificar la pena por razón de la absolución del punible de secuestro simple, a saber: como fue el de tener como extremo máximo de la sanción 30 años de prisión y el haber partido del segundo cuarto para efecto de determinarla, puesto que señaló “simplemente que concurrían circunstancias atenuantes y agravantes sin indicar siquiera de cuáles se trataban; con ello no sólo incurrió en un vicio de motivación sino también de invención de agravantes que la resolución de acusación en manera alguna imputó, ni tampoco dedujo la sentencia de primer grado. Esta última, por el contrario, expresamente señaló que no existía circunstancia de mayor punibilidad acorde con el pliego de cargos y por esa razón partió del mínimo legal previsto para la infracción penal de secuestro simple que estimó de mayor gravedad”.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada y proceder a resodificar la pena sin violentar lo estatuido en el artículo 31 de la [Constitución Política](#), pronunciamiento que debe hacerse extensivo al coprocesado no recurrente.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El defensor del procesado Ballesteros Castaño, al amparo del cuerpo primero de causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 61 del actual Código Penal, yerro que condujo a que se le determinara la sanción en 71 meses de prisión, es decir, la misma que fue impuesta por el juzgador de primer grado no obstante que al procesado se le absolvió por la conducta punible de secuestro simple.

2. Es verdad que el libelo presenta defectos técnicos en su construcción, por cuanto, teniendo en cuenta las argumentaciones exhibidas en la fundamentación de la censura, se advierte que lo que está demandando es la falta de aplicación del artículo 31 de la Constitución Política. De igual manera, por razón del quantum punitivo no era procedente acudir a la casación excepcional sino a la común, toda vez que la pena máxima del delito hurto calificado y agravado supera los 8 años de prisión. Sin embargo, ello de por sí no impone que se desestime el reproche, toda vez que, como se dijo, de su contenido se avizora cuál es su inconformidad, esto es, la exclusión evidente del citado artículo 31, por lo que se procederá a su estudio.

3. Ahora bien, en lo que atañe al fondo del asunto, recuérdese que el derecho fundamental de la no reformatio in pejus no se circunscribe siempre al monto de la pena como tal, sino que también opera en otras circunstancias, como, por ejemplo, cuando en el fallo se adoptan plurales decisiones, es decir, cuando se absuelve en segunda instancia por un cargo y seguidamente se impone una sanción más severa en especie o en cantidad, o se revocan beneficios concedidos en la decisión inicial se entiende que dicha prerrogativa fue desconocida por el superior, siempre y cuando se trate de único apelante.

En el supuesto que ocupa la atención de la Sala, es claro que el juzgador de primera instancia a efecto de determinar la pena y luego de aclarar que para dicha labor tendría en cuenta el derogado Código Penal por ser una normatividad más favorable a la actual,

tuvo como delito base el punible de secuestro simple, motivo por el cual la individualizó en 36 meses, toda vez que en el comportamiento de los procesados no hubo “circunstancias de mayor punibilidad”, monto al que le incrementó la suma de 35 meses “por el concurso con el hurto calificado y agravado y el porte ilegal de armas, dando un total, en definitiva y para cada uno de ellos, de setenta y un meses de prisión...”.

Por su parte, el Tribunal, en la redosificación de la pena por razón de la absolución del delito de secuestro simple, textualmente adujo “La pena contemplada en el Código Penal de 1980, vigente al momento de los hechos, para el delito de hurto calificado agravado sin la agravante por la cuantía desechada por la a quo, oscilaba entre 28 y 360 meses. Por existir circunstancias atenuantes y agravantes la pena debe oscilar entre los cuartos medios, esto es, entre ciento once (111) meses con un día y doscientos setenta y siete (277) meses”.

En consecuencia, el sentenciador de segundo grado vulneró el derecho fundamental de la no reformatio in pejus, pues mantuvo la pena privativa de la libertad impuesta en primera instancia, dándole un mayor rigor punitivo a los punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, apartándose de esa manera de los criterios del juzgador de primera instancia y, consecuentemente, haciendo más gravosa la situación de los procesados.

Frente a este tema, como lo recuerda el Procurador Delegado, la Corte ha dicho: “...en verdad, si el fallo de segunda instancia elimina uno de los cargos por los cuales se emitió la sentencia de primer grado, en congruencia con la resolución de acusación, resulta desconcertante que tal reducción de la carga inculpativa no se haya traducido en una disminución de la pena principal, máxime si el cargo detraído era el más grave dentro de los considerados en el pliego de acusatorio... Aunque formalmente el ad quem parece haber adoptado un método irrefutable para tasar de nuevo la pena y

situarla en el mismo monto logrado en la primera instancia, dentro de la discrecionalidad reglada que rige la materia, lo cierto es que materialmente se revela injusto que la cantidad de pena sea igual cuando apenas se aprecian dos (2) delitos y antes cuando se consideraron tres (3) hechos punibles, con más veras si en el momento de la segunda instancia se ha excluido precisamente el hecho más gravemente sancionado”.<sup>1</sup>

Por consiguiente, la sentencia se casará parcialmente y se redosificará la pena impuesta a los procesados de la siguiente manera:

En esas condiciones, teniendo en cuenta los lineamientos trazados por la Sala en sentencia del 18 de diciembre de 2003<sup>2</sup> para determinar la pena del delito de hurto calificado y agravado y al verificar el principio de favorabilidad en punto de la redosificación de la pena se tiene que respecto de éste punible resulta más beneficiosa para los procesados la punibilidad que señalaba los artículos 350 y 351 del Decreto 100 de 1980 ( 2 años y 4 meses a 12 años), en cuanto es inferior a lo estipulado en los artículos 240 y 241 de la Ley 599 de 2000 (4 años y 8 meses a 15 años de prisión), por cuanto hubo violencia sobre la víctima.

Así mismo, en lo atinente al delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, cualquiera de los dos estatutos se pueden aplicar, pues los dos comportan la misma penalidad, esto es, de 1 a 4 años (artículo 201 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, y artículo 365 de la Ley 599 de 2000), pues en el comportamiento de los procesados no concurren circunstancias específicas de mayor punibilidad que lleven a modificar dichos extremos de la punición.

Como se dijo en el fallo de tutela, cuando la Corte redosificó la pena de manera provisional, el delito de hurto calificado y agravado constituye el punible base para individualizar la pena en contra de los procesados, pues es del mayor gravedad como enseguida se verá, puesto que como quiera que en el comportamiento del procesado no

concurrer circunstancias de mayor punibilidad ni se tuvieron en cuenta otros criterios que lleven a partir más allá del mínimo de la sanción contemplada para las conductas punibles.

Respecto a los criterios para dosificar la pena en la Ley 599 de 2000 al delito de hurto calificado y agravado corresponde un primer cuarto de movilidad entre 28 y 57 meses; el segundo entre 57 meses y 1 día a 86 meses; el tercer cuarto entre 86 meses y 1 día y 115 meses; y el cuarto final entre 115 meses y 1 día y 144 meses.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en este asunto no se dedujo circunstancia alguna de agravación punitiva genérica en la resolución de acusación, tal aspecto comporta, como lo ha dicho la Sala, a que no haya lugar a valoración alguna sobre el particular en el fallo, a fin de garantizar el principio de consonancia entre la acusación y la sentencia<sup>3</sup>.

De igual manera, se advierte que en este evento concurre la circunstancia de atenuación punitiva determinada por la buena conducta anterior o ausencia de antecedentes penales de los procesados (artículo 64, numeral 1°, del Decreto 100 de 1980 o, artículo 55, numeral 1°, de la Ley 599 de 2000). Por consiguiente, de acuerdo con la normatividad vigente el ámbito de movilidad estará determinado por el primer cuarto, esto es, entre 28 y 57 meses de prisión.

De otro lado, analizado el tópico de la dosificación punitiva de conformidad con los criterios establecidos en el artículos 61 del anterior Código Penal, se tiene que el procedimiento es más simple, por cuanto el marco punitivo no está afectado por factores reales<sup>4</sup>, puede partirse del mínimo de la pena (28 meses) porque no concurren circunstancias de agravación y resultaría también necesario ponderar cuantitativamente la referida circunstancia de menor punibilidad, ello evidencia un tratamiento similar al correspondiente para el primer cuarto de movilidad establecido en el Código Penal vigente.

Por ello, para efecto de establecer la pena imponible y al evaluar el principio de favorabilidad de la ley, en lo atinente a los procedimientos para determinar la pena, por resultar imperioso partir en ambos ordenamientos del mínimo de sanción establecido para el punible de hurto calificado y agravado, esto es, 28 meses, no se advierte que uno de los dos resulte más favorable. En consecuencia, teniendo en cuenta los criterios del juzgador de primera instancia a aquélla suma por razón de la conducta punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal concursante se le aumenta 7 meses más, para un total de 35 meses de prisión.

Por lo expuesto, resulta fácil colegir que en sede del principio de favorabilidad es aplicable la pena dispuesta en la legislación anterior para el delito de hurto calificado y agravado. Contrario sucede con el punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, como quedó en precedencia analizado, pues se pueden aplicar cualquiera de las dos legislaciones (Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000). En cuanto a su individualización tampoco importa si su tasación se hace de conformidad con las reglas del derogado estatuto penal o del actualmente vigente, como ya se advirtió.

En definitiva, la pena imponible a los procesados Dairon Antonio Ballesteros Castaño y Carlos Alberto Marulanda Contreras es de 35 meses de prisión, a este último en virtud de la extensión que se hace del fallo de casación, según lo reglado en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal. La sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (hoy de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas) será por este mismo lapso.

En lo demás, el fallo se confirma.

Finalmente, la Sala no entrará a pronunciarse en torno a la procedencia de la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, toda vez que a los procesados, mediante providencia del 12 de mayo de 2003, se les concedió

“la libertad provisional por pena cumplida”.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

1. CASAR parcialmente la sentencia impugnada. En consecuencia, imponer a los procesados Dairon Antonio Ballesteros Castaño y Carlos Alberto Marulanda Contreras la pena privativa de la libertad de 35 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
2. En lo demás el fallo no sufre ninguna modificación.
3. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Impedido

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Impedido

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Impedido

Impedido

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 26 de noviembre de 1997. M.P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego.

2 M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

3 Ver, entre otras, sentencia del 23 de septiembre de 2003. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos y sentencia del 3 de diciembre de 2003.

4 Sentencia del 3 de septiembre de 2001. M.P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego.