

Proceso No 20309

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILLANES

Aprobado acta N° 059

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil tres (2003).

V I S T O S

Resuelve la Sala el recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor de MIGUEL ANTONIO ROA VANEGAS contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, el 11 de julio de 2002, por medio de la cual al revocar integralmente la del Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 30 de noviembre de 2001, condenó al citado procesado a las penas principales de 18 meses de prisión, multa de \$20.000 y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la pena privativa de la libertad, como autor del delito de receptación. Así mismo le negó la suspensión condicional de la pena, otorgándole la prisión domiciliaria.

H E C H O S

En pretérita oportunidad procesal, la Corte los sintetizó, así:

“En las primeras horas del 8 de noviembre de 1992, fue hurtado el campero NISSAN PATROL, modelo 1981, colores rojo y beige, cabinado, con números de motor P521752 y de chasis G6106024, de placas FT 4616, matriculado en Mosquera (Cundinamarca), de propiedad de Luis Guillermo Urrutia Molano, el cual se hallaba estacionado al frente de su residencia, ubicada en la carrera 15 No. 17-70 de la ciudad de Tunja.

“En el mes de febrero de 1994, el señor Urrutia Molano vio un campero que exhibía algunas características que identificaban el automotor que le había sido sustraído, aun cuando pintado de colores naranja y marfil y portando las placas GP 9286, el cual fue incautado a un conductor al servicio del señor Miguel Antonio Roa Vanegas”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en las diligencias adelantadas por la Fiscalía 17 Especializada de Tunja, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de marzo de 1995, profirió resolución de apertura de la instrucción, toda vez que el imputado, Miguel Antonio Roa Vanegas, ostentaba la calidad de congresista.

Escuchado en indagatoria Miguel Antonio Roa Vanegas, el 11 de julio siguiente, se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de encubrimiento en la modalidad de receptación, concediéndosele la libertad provisional.

Practicadas varias pruebas, el 17 de octubre de 1996, se clausuró la investigación y, el 22 de abril de 1998, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Miguel Antonio Roa Vanegas, por los delitos de receptación y falsedad marcaria.

Interpuesto el recurso de reposición por el defensor del sindicado, la Corte, el 9 de junio siguiente, no repuso la providencia impugnada, cobrando ejecutoria el 11 de junio de la misma anualidad.

Mediante auto del 4 de agosto de 1998, la Sala se declaró incompetente para seguir conociendo del presente asunto, ya que el procesado había dejado de ser congresista, motivo por el cual, ordenó el envío del expediente al reparto de los juzgados penales del circuito de Tunja.

La causa correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de dicha ciudad, despacho judicial que, mediante providencia del 10 de diciembre de 1999, a solicitud del defensor del acusado, declaró la “NULIDAD DE LO ACTUADO, en relación con la parte resolutive de la providencia del 22 de abril de 1998, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en relación con el punible de FALSEDAD MARCARIA...”, toda vez que consideró que no se trataba de un delito sino de una contravención, ordenando la expedición de copias a la autoridad de policía para lo de su cargo.

Allegados unos medios de convicción y realizada la audiencia pública, el 30 de noviembre de 2001, dictó sentencia de primera instancia, en la que absolvió a Miguel Antonio Roa Vanegas por el delito de receptación que le fue imputado en el pliego de cargos y, a su vez, declaró la prescripción de la “acción penal para la contravención especial de FALSEDAD MARCARIA...”.

Apelada la anterior determinación por el Procurador Judicial Penal 174 de Tunja, el Tribunal Superior de la misma ciudad, al desatar el recurso, el 11 de julio de 2002, la revocó en su integridad y, en su lugar, condenó al citado procesado a las penas principales de 18 meses de prisión, multa de \$20.000 y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la pena privativa de la libertad, como autor del delito de receptación. Así mismo le negó la suspensión condicional de la pena, otorgándole la prisión domiciliaria.

Contra dicha decisión el defensor del procesado Roa Vanegas interpuso el recurso extraordinario de casación discrecional, el que fue concedido por auto del 29 de agosto

de 2002, cobrando ejecutoria el 9 de septiembre siguiente, habiéndose presentado, dentro del término legal, la respectiva demanda el 22 de octubre de la misma anualidad.

Cabe precisar que el Tribunal Superior de Tunja, mediante auto del 19 de noviembre de 2002, y como quiera que el procesado Roa Vanegas tomó posesión del cargo de Representante a la Cámara el 3 de septiembre de dicho año, ordenó “el envío de las diligencias, por competencia, a la H. Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el art. 75.7 de la Ley 600 de 2000”.

LA DEMANDA DE CASACION

Con apoyo en el cuerpo primero de la causal primera de casación, el defensor del procesado acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial “por falta de aplicación del segundo inciso del artículo 6° del Código Penal, falta de aplicación que condujo a la aplicación indebida del artículo 63 del Código Penal vigente y a la falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal derogado”.

Luego de resaltar un fragmento del fallo impugnado relativo a la negativa para conceder el sustituto penal de la condena de ejecución condicional, asevera que el juzgador, sin mencionarlo, seleccionó y dio aplicación retroactiva al artículo 63 de la Ley 599 de 2000, “respecto de unos hechos y una situación ocurrido antes de su vigencia, sin juicio alguno, mención siquiera, a la posibilidad de que la ley vigente en el momento de ocurrencia de los hechos juzgados, el artículo 68 del Código Penal derogado, debiese ser aplicada ultraactivamente por ser más favorable a los intereses del sindicado, con base en el artículo 6° del Código Penal”.

Argumenta que se hace necesario, en pro de la demostración de la censura, la comparación exegética entre la norma derogada y la vigente que regularon el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, anunciando que la preceptiva anterior es más

favorable que la actual.

Después de copiar apartes pertinentes de los artículos 68 del Decreto 100 de 1980 y 63 de la Ley 599 de 2000, aduce que de la simple lectura comparativa se deduce que es más favorable a los intereses de su procurado el contenido de la primera norma, por las siguientes razones:

“En primer lugar la autonomía institucional que deriva de la dedicación de un capítulo propio y exclusivo a la figura, con todas las connotaciones que ello implica, que no son solamente formales. Una cosa es considerar el subrogado como institución autónoma y otra muy diversa considerarla como una más de varias, y degradada apenas a un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

“En segundo lugar, el concepto mismo que, de acuerdo con la definición del código derogado, implica la suspensión de la ejecución de LA SENTENCIA, mientras que en el vigente suspende apenas la ejecución de LA PENA privativa de la libertad.

“Así, en ambos códigos se faculta al juez para exigir el cumplimiento de otras penas, lo cierto es que si se aplica el código derogado se suspende la ejecución de LA SENTENCIA, mientras que si se aplica el vigente apenas se suspende la ejecución de la PENA, mas no de la sentencia.

“Por este aspecto, ya resulta inequívocamente más favorable el código derogado que el vigente en el punto específico.

“También con apariencia de formal, pero que asume carácter sustancial, aparece el catálogo de obligaciones que ha de cumplir el condenado durante el período de prueba, más favorable el anterior que el actual, en cuanto éste adiciona una obligación sustancial que no previó el código derogado: ‘No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena’. Se trata sin duda de

una restricción a la libertad de locomoción que, de aplicarse el principio de favorabilidad, no puede imponerse”.

Reconoce que no existe diferencia entre las dos preceptivas respecto al requisito objetivo, situación que no acontece con el subjetivo, ya que en el Decreto 100 de 1980 se informaba que el juez debía examinar la personalidad y la naturaleza y modalidades del hecho punible, mientras que en el actual debe estudiar los antecedentes personales, sociales y familiares, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible.

Dice que en principio podría considerarse que no existe factor que haga suponer la favorabilidad de alguna de las dos normas, “porque el segundo componente, naturaleza (gravedad) y modalidad es igual, y aún podría, ya con más esfuerzo, entenderse que en el primero no hay cambio sustancial, porque en fin de cuentas el examen de personalidad podría incluir los antecedentes personales, sociales y familiares o fundarse en éstos”.

Estima que donde sí existe cambio radical entre las dos normativas es en la finalidad que apunta al examen de esos factores, toda vez que, en tratándose de la norma derogada, el juez debía realizarla para determinar si el condenado requería o no tratamiento penitenciario, mientras que en la actual sólo apunta a la necesidad de la ejecución de la pena.

Al respecto hace las siguientes explicación:

“Pues bien, si se valoran los factores subjetivos con miras a determinar la necesidad de tratamiento penitenciario resulta evidente, a todas luces, que Miguel Antonio Roa Vanegas no lo requiere, luego si se aplica ultraactivamente la norma derogada, tiene derecho al subrogado. Y si se lee la motivación de la sentencia impugnada, se advierte claramente, porque es explícito, que se recurrió a la necesidad de ejecución de la pena, en el marco a su vez explícito en el que éste extremo aparece definido

como principio en el artículo 3° del Código vigente: la prevención y las instituciones que la desarrollan”.

Por consiguiente, estima que el cambio normativo es sustancial y desfavorable, máxime cuando en la normatividad derogada el único principio relevante para las funciones de la pena era el que estatuyó el artículo 12, “que fijaba una oposición de las que han sido denominada ecléctica. Pero a su vez ese eclecticismo funcional se decantó por la doctrina y la jurisprudencia, en función del momento y la institución concreta en la que la respectiva función ha de operar”, siendo el que generó acuerdo pacífico el de la conexión indisoluble entre el requisito subjetivo de la condena de ejecución condicional y la función resocializadora de la pena, “nexo derivado de la expresión normativa ‘tratamiento penitenciario’, definida en el Código Penitenciario de modo tal que éste no puede entenderse por fuera de aquella, por razones históricas, conceptuales y hasta exegéticas”.

Aclara que cuando el juez, con base en el artículo 68 del Código Penal derogado, examinaba la personalidad y la gravedad y modalidades del hecho punible con el fin de establecer si el condenado era o no acreedor a tratamiento penitenciario, estaba realizando un pronóstico: “si es positivo y no lo requiere es porque advierte que el condenado no necesita resocialización, dado que el tratamiento está concebido y está compuesto ‘...por un conjunto de medios educativos, instructivos, laborales, culturales, recreativos, deportivos y familiares que se usa, con base en la dignidad humana y en las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto, para obtener tal fin de reinserción sociocultural’ (artículo 143 Ley 65 de 1993)”.

Además, estima que tanto el desarrollo doctrinal como jurisprudencial dado a la condena de ejecución condicional respecto de la función resocializadora de la pena, se definió en qué consistía el tratamiento penitenciario y su finalidad, la que, en su criterio, es la reinserción sociocultural.

En otras palabras, afirma que el juzgador para llegar de manera fundada a concluir si el procesado requería o no tratamiento penitenciario, estaba necesariamente vinculado con la función resocializadora de la pena.

Manifiesta que situación distinta ocurre con el nuevo Código Penal, ya que el juzgador debe determinar si es necesaria o no la ejecución de la pena privativa de la libertad, tal como lo entendió el Tribunal de Tunja.

En esas condiciones, advierte que la expresión necesidad de ejecución, la que encuentra apoyo en el principio consagrado en el artículo 3° del Código Penal actual, marca una notoria deferencia desfavorable frente al Decreto 100 de 1980, “en cuanto rompe la limitación que suponía la expresión tratamiento penitenciario ligada exclusivamente con la función resocializadora, de modo que con base en el código vigente, el juez, en el análisis, puede involucrar ahora otras de las funciones de la pena y ya no solamente la de reinserción, lo que no puede hacer si se aplica la norma derogada”, aspectos que vienen ocurriendo en la práctica y con respaldo en pronunciamientos de la Corte respecto de la interpretación del principio de necesidad frente a los institutos de la suspensión condicional de la pena, la detención o ejecución domiciliaria, “para cuyo análisis se viene involucrando la necesidad de ejecución de pena en relación con las funciones preventivas declaradas, con prescindencia de la reinserción o resocialización”.

En el acápite que llamó “Trascendencia”, afirma que el Tribunal fundó la decisión de negar el subrogado penal en el código vigente, “examinando los factores subjetivos con la orientación de formular, como lo hizo, un juicio de necesidad de ejecución de la pena privativa de la libertad, con base en criterios exclusivos de prevención, en actitud consistente con la norma que aplicó, con el principio de necesidad del artículo 3° del código vigente, con la interpretación de ese principio, entendido ‘en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan’ del mismo artículo, y con

la doctrina jurisprudencial actual desarrollada sobre el punto, pero con total prescindencia de la función de reinserción y del tratamiento penitenciario requerido o no cuyo contenido está normativamente definido en el Código Penitenciario”.

Sostiene que si el Tribunal hubiese dado aplicación al principio de favorabilidad, necesariamente habría advertido que las normas cambiaron, con el fin de determinar si existe alguna posibilidad de aplicar ultractivamente una de ellas en este asunto. Caso contrario, habría concluido que el artículo 68 del Decreto 100 de 1980 era más favorable a su defendido que el 63 actual, “porque si el examen de los factores subjetivos se realiza de conformidad con el primero, la conclusión es que aquél no requiere de tratamiento penitenciario y, por lo tanto, tiene derecho a la condena de ejecución condicional”.

Recuerda que de acuerdo a la posición asumida por la Corte, cuando le resolvió la situación jurídica a su defendido, concediéndole la libertad provisional, estimó en un juicio anticipado de pena, la que no superaría los tres años de prisión, que Miguel Antonio Roa Vanegas, en caso de ser condenado por ese delito, no requiere tratamiento penitenciario, para lo cual copia un aparte de la decisión aludida, concluyendo que el sentenciador no debió apartarse de tales lineamientos.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada y, en su lugar, dictar la que en derecho corresponda, aplicando el principio de favorabilidad y, como consecuencia, conceder a Miguel Antonio Roa Vanegas el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, al tenor de lo que reglaba el artículo 68 del Decreto 100 de 1980.

ALEGATO DEL NO RECORRENTE

El Procurador Judicial II Penal 174 de Tunja, considera que el actor “hila muy fino”, pues toda sentencia necesariamente conlleva sanciones de carácter penal y civil.

Igualmente, estima que leído integralmente el artículo 68 del Decreto 100 de 1980, se advierte que se refiere a la suspensión de la ejecución de la pena, bien se trate de arresto o de prisión, motivo por el cual, no le parecen acertados los planteamientos del actor, máxime cuando en el artículo 69 de la misma normativa, “entre las obligaciones a cumplir por parte del condenado condicional se tiene las de pagar las penas no privativas de la libertad, caso de la multa y otras obligaciones, entre las cuales, el numeral 3° apunta a la reparación de los daños ocasionados por el delito; obligación que se debe imponer por parte del juez al otorgar la ejecución condicional, lo cual iría en contravía del artículo 68 si le hacemos esa interpretación amplísima de suspensión de la sentencia en su totalidad, y no solo en lo relativo a otorgar la ejecución condicional de la pena privativa de la libertad al condenado”.

Del mismo modo, en cuanto al requisito subjetivo y teniendo como apoyo lo reglado en el artículo 143 de la Ley 65 de 1993, manifiesta que el actor no explicó el por qué el procesado no requiere de tratamiento penitenciario, toda vez que no se refirió a las consideraciones del Tribunal, esto es, por tratarse de una persona que ha tenido una posición distinguida en la sociedad, al ostentar la calidad de congresista, le era exigible un comportamiento social más adecuado que a una del común, razón por la cual, no entiende la afirmación del libelista en sentido contrario.

Finalmente, estima que el hecho de que la Corte le hubiese otorgado al procesado la libertad provisional cuando le resolvió la situación jurídica, con el argumento de que no requería tratamiento penitenciario por tratarse de un servidor público que no eludirá la acción de la justicia, tampoco le da razón al casacionista, habida cuenta que “unos son los fines de la detención preventiva cual es que no se eluda la acción de la justicia y otros los fines de la pena, entre los que están la justa retribución, la prevención tanto general como la especial y, la consiguiente, reinserción social”.

Por lo anteriormente expuesto, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONCEPTO DEL PROCURADOR CUARTO

DELEGADO PARA LA CASACIÓN PENAL

Antes de emitir el correspondiente concepto, advierte que se hace necesario realizar dos breves acotaciones, pues, en su criterio, podrían tener incidencia en el presente trámite.

La primera que hace referencia que la demanda de casación fue presentada de manera extemporánea, toda vez que concedido el recurso por el Tribunal, el 29 de agosto de 2002, el libelo sólo se presentó el 22 de octubre, es decir, cuando habían transcurridos 36 días hábiles contados a partir de la primera fecha citada.

Arguye que “el escrito se debe formular dentro de dicho término, contado a partir del día siguiente del auto que concede el traslado, pues, así se desprende del texto del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal de 1991, contando que únicamente la providencia que deniega el recurso de apelación y también el de casación se incluyen dentro de los autos de sustanciación notificables”.

En segundo lugar, estima que como quiera que el señor Miguel Antonio Roa Vanegas tomó posesión del cargo como congresista el 3 de septiembre de 2002, cuando habían transcurrido “cuatro días a partir del auto que concedió el recurso de casación excepcional y siete antes del inicio del traslado para su sustentación”, se hace necesario que la Corte determine si va a actuar como Tribunal de casación o de instancia, máxime cuando la demanda se presentó el 22 de octubre de 2002 y el juzgador de segundo grado dispuso el envío de las diligencias a esta Corporación, por competencia, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 75, numeral 7°, de la Ley 600 de 2000.

Respecto al único cargo formulado contra la sentencia del Tribunal, sostiene que el mismo se encuentra debidamente presentado. Sin embargo, no sucede lo mismo con su

demostración.

En efecto, manifiesta que teniendo en cuenta las argumentaciones del censor, “obliga desde un comienzo a la pregunta si en realidad la nueva legislación contiene en términos estrictos una definición de la condena condicional; y de otro extremo, establecer si con la nueva reglamentación en esta materia, se rompe con el contenido del Código Penal anterior, o simplemente introducen modificaciones en un intento de mejorar la regulación preexistente, lo que no siempre se logra”.

Acepta que las normas que se confrontan no guardan identidad de redacción, pero en manera alguna se puede predicar que se varió su naturaleza, ya que partiendo de una interpretación sistemática “permite deducir y tener como una exégesis correcta, que la condena de ejecución condicional en el derecho positivo patrio es un instituto referido a la pena privativa de la libertad, por cuanto no obsta el cumplimiento de la pena de carácter pecuniario, ni la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas”.

“A la par -agrega-, no hay más que leer el artículo 71 de la vieja codificación y compararlo con su homólogo 67 de la nueva, para percatarse, que en ambos se establece como efecto la extinción de la condena al final satisfactorio del periodo de prueba, y no podría ser de otro modo porque la extinción de la sentencia constituye una ‘contradictio in adjecto’, dada la imposibilidad que en si misma desaparezca, por cuanto, según expresión bien lograda de un autor refiriéndose al tema, ‘eso sería tan imposible como pretender que lo que fue no haya sido’”.

Resalta que el actor también parte de un supuesto equivocado como es que la nueva codificación impone más obligaciones durante el periodo de prueba -no salir del país sin previa autorización-, “y no sobra destacar de superfluo, porque no se advierte qué utilidad puede presentar para el sentenciado el contenido del precepto derogado, si no

se está reclamando la negación del subrogado penal con base en la ley anterior, sino justamente lo contrario, es decir, la inaplicación de ambos códigos. Lo dicho no merece mayores comentarios, por su obviedad". Además, resalta que sí la razón y el fin del nuevo Código Penal es la persona humana y, sabiendo, que el derecho a la libertad tiene rango constitucional, no se puede siquiera pensar que la nueva codificación hubiese retrocedido frente a la anterior en materia de subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, razón por la cual, no comparte las argumentaciones que hace el censor, por respetables que sean.

Después de informar que el postulado de la favorabilidad debe estudiarse en cada caso concreto, para lo cual se apoya en doctrinantes, insiste en que el censor no demostró que efectivamente en este asunto se aplicó la ley desfavorable, acreditando, igualmente, que el procesado se hacía acreedor al pluricitado subrogado penal.

A continuación copia unos fragmentos del fallo y sostiene que el censor no le hizo ningún comentario y menos tendiente a demostrar su hipótesis, es decir, que se aplicó el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 para negarle al procesado el instituto reclamado, fallas técnicas que la Corte no puede entrar a suplir en virtud del principio de limitación que rige a esta impugnación extraordinaria.

Añade que "No suscita discusión de ningún género, que para negar el derecho a gozar de la condena condicional, la mención del fallo a la falta de actualización de los aspectos subjetivos orientados a los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la gravedad y modalidad de la conducta punible, que indicaran la no necesidad de la pena, responde más a la redacción del numeral 2° del artículo 63 de la nueva codificación, pero así y todo, no aparece claramente visible y manifiesto de una primera lectura del contenido del fallo que fuera la voluntad implícita del juzgador aplicar retroactivamente dicho precepto. Es evidente que no pasó de una simple enunciación y en

puridad de examen salta con notoriedad que tan solo atendió de modo expreso como factores desfavorables, la conducta delictiva que califica de suma gravedad, y las condiciones personales del procesado, para concluir que se imponía el cumplimiento efectivo del resto de la pena privativa de la libertad, aspectos que también comprendía la ley derogada. La decisión de negar la condena condicional queda mantenida con el resto de los otros argumentos, y de esa forma, no se manifiesta el requisito esencial de la trascendencia, o relación de causalidad de tales expresiones, con el fallo, que mucho menos se demuestra”.

Manifiesta que tampoco se advierte que el Tribunal hubiese creado una tercera ley, a fin de negarle al procesado el subrogado penal, máxime que para efectos de la individualización de la pena se tuvo en cuenta la sanción que estatúa el anterior Código Penal.

Reconoce que si bien la sentencia presenta algunas contradicciones, las mismas surgen del uso de las palabras, sin que por ello se predique una errada motivación que lo lleve a sugerir la casación oficiosa, pues de su texto se advierte las razones que se tuvieron para la negación del multicitado subrogado penal.

Así mismo, sostiene que si la Corte le concedió la libertad provisional al procesado cuando le resolvió la situación jurídica, con el argumento de que no necesitaba tratamiento penitenciario, al tenor de lo que regulaba el artículo 415, numeral 1°, del Decreto 2700 de 1991, de todos modos tal aspecto no ataba al sentenciador, “ningún efecto vinculante tiene, porque el momento procesal en que ésta se adopta es distinto al de la condena cuando queda definitivamente desvirtuada la presunción de inocencia”.

Después de resaltar nuevamente los argumentos que tuvo en cuenta el juzgador para no concederle al procesado el subrogado penal reclamado y de comentarlos, sugiere a la

Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Acotación previa

1. Plantea el Procurador Delegado que la demanda de casación fue presentada extemporáneamente, toda vez que concedido el recurso extraordinario de casación excepcional el 29 de agosto de 2002, el libelo se presentó el 22 de octubre siguiente, es decir, cuando habían transcurrido 36 días hábiles contados a partir de la primera fecha citada.

Sobre este punto no le asiste razón, toda vez que, como lo ha sostenido la Sala, el auto por el cual se concede el recurso de casación si bien es de sustanciación, de todos modos es de aquellos que debe notificarse y, por ende, cuenta con un término de ejecutoria, ya que constituye una garantía para los sujetos procesales conocer sobre la concesión y trámite del recurso interpuesto que se surte ante el juzgador de segunda instancia, con el fin de que el libelo se presente dentro de los 30 días hábiles y, además, los no recurrentes tengan la oportunidad de presentar, en los 15 días siguientes, las alegaciones que a bien tengan.

Por consiguiente, no hay duda que en este caso la demanda se presentó dentro del término legal, el que venció el 22 de octubre de 2002.

2. De otra parte, sostiene el agente del Ministerio Público que antes de dictarse la correspondiente sentencia de casación, es indispensable que la Sala precise si va a actuar como Tribunal de casación o como juez de instancia, toda vez que si bien en este asunto se interpuso y se concedió el recurso extraordinario cuando el acusado Roa Vanegas no ostentaba la investidura de Represente a la Cámara, también es cierto que con posterioridad éste adquirió el fuero constitucional por haberse posesionado, el 3 de

septiembre de 2002, como miembro del Congreso de la República, al punto que el Tribunal Superior de Tunja y agotados los tramites propios del recurso, envió el diligenciamiento a la Corte por razones de competencia, al tenor del artículo 75, numeral 7°, del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto debe precisar la Sala lo siguiente:

Es cierto que el 29 de agosto de 2002, fecha en la que se concedió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Miguel Antonio Roa Vanegas, este no era miembro del citado cuerpo legislativo, investidura que adquirió el 3 de septiembre siguiente al posesionarse como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento de Boyacá, siendo claro, entonces, que cuando se presentó el respectivo libelo, el acusado ya gozaba del fuero constitucional.

En esas condiciones, recuérdese que el derecho fundamental al debido proceso es una garantía que con fuerza constitucional abarca toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, motivo por el cual está compuesto por las distintas reglas que disciplinan y regulan cada etapa del proceso.

Por ello, el fuero constitucional que ampara a los miembros del Congreso de la República no impone el desconocimiento de los actos procesales iniciados bajo la ausencia de dicha protección foral, es decir, no puede desconocerse la validez y los alcances de la actuación iniciada, mas no finalizada, por aquellos funcionarios que actuaron con jurisdicción y competencia y respecto de un procesado carente de fuero.

Así, entonces, en este caso, el debido proceso que regía antes de que el procesado adquiriera la calidad foral, incluía la posibilidad de que los sujetos procesales impugnaran la sentencia de segundo grado a través de la casación excepcional, como en efecto sucedió, al punto que el recurso extraordinario fue concedido a aquél bajo tales condiciones.

Significa lo anterior que dicha actuación se inició bajo los lineamientos del trámite casacional, lo que implica que la misma debe proseguir y finiquitarse con base en los parámetros que lo rigen, sin que ello conlleve al desconocimiento de la calidad foral que hoy ostenta el procesado, máxime cuando la casación es una garantía respecto de la legalidad del juicio adelantado en su contra, no pudiéndose cercenar tal prerrogativa so pretexto de que el proceso adquiere la denominación de única instancia por razón de la nueva investidura adquirida con posterioridad por el sentenciado.

Además, debe recordarse que la casación constituye un instrumento especial creado por el legislador para impugnar los fallos de segunda instancia, razón por la cual el Código de Procedimiento Penal contempla una regulación específica al respecto, estableciendo para el efecto parámetros de procedencia, oportunidad y trámite que la hacen extraordinaria y rogada.

En consecuencia, como en este caso se interpuso y se concedió la casación excepcional antes de que el acusado adquiriera la calidad foral de congresista que hoy ostenta, necesario es colegir que el trámite de dicho instituto debe seguir su curso normal, sin desconocimiento de la prerrogativa constitucional de la que ahora goza el señor Miguel Antonio Roa Vanegas, por lo que la Corte procederá a desatar el recurso extraordinario.

Único cargo

1. Con apoyo en el cuerpo primero de la causal primera de casación, el defensor del procesado acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 6º, inciso 2º, de la Ley 599 de 2000 y 68 del Decreto 100 de 1980, y aplicación indebida del artículo 63 de la primera normativa citada.

En efecto, dice que al procesado se le desconoció el principio de favorabilidad, ya que, en su criterio, se aplicó el artículo 63 de la ley 599 de 2000, cuyos requisitos son más

exigentes para el otorgamiento del sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que los previstos en el artículo 68 del Decreto 100 de 1980, yerro que de no haberse cometido se le habría concedido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

2. Ante todo se hace necesario, previamente a desatar el recurso extraordinario de casación, plasmar y reiterar el criterio de la Sala en lo atinente a las funciones de la pena.

Dentro de ese contexto, es claro que los artículos 3° y 4° del actual Código Penal, como normas rectoras, establecen que a efecto de la imposición de la pena o de la medida de seguridad el funcionario judicial debe tener en cuenta “los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”, aclarando que “el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”.

Así mismo, el citado artículo 4° establece que la pena cumplirá las funciones de “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado”, informando igualmente que “la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

Sin entrar a debatir las distintas teorías creadas alrededor de la función de la pena, la Corte ha concluido que la función de prevención general hace referencia a una advertencia a la sociedad “de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción-reacción, supuesto-consecuencia jurídica. Ese fin de ‘prevención general’ es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previenen no solo por

la imposición de la sanción, sino y sobre todo desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo) así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)".1

A su vez, la función de retribución justa, "tiene su origen, como bien se sabe, en la expiación del hecho contrario a la ley por parte de su autor y en la impresión psicológico-social que la pena pueda producir y obedecer en general al rigor propio de tener que soportar las consecuencias derivadas del ataque al derecho ajeno cometido a la manera de una proporcional compensación por el grado de culpabilidad".2

Y, finalmente, la prevención especial "-reinserción social o resocialización-, procura disuadir al autor del hecho de cometer nuevas conducta punibles, actuando directamente sobre la persona, pero bajo una evidente finalidad de reintegrar al individuo a la sociedad".3

Ahora bien, en jurisprudencia reiterada y pacífica respecto al inciso final del artículo 4° de la Ley 599 de 2000, según el cual, "la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena", la Corte ha sostenido que "el fin de la ejecución de la pena apunta tanto a una readecuación del comportamiento del individuo para su vida futura en sociedad, como también a proteger a la comunidad de nuevas conductas delictivas (prevención especial y general). Es que, a mayor gravedad del delito e intensidad del dolo, sin olvidar el propósito de resocialización de la ejecución punitiva, el Estado tiene que ocuparse de la prevención general para la preservación del orden social en términos de armónica o pacífica convivencia".4

Para lograr dichos propósitos, tanto el Código Penal como el Código Penitenciario y Carcelario han establecido varios institutos tendientes a lograr la reinserción social del individuo, tales como los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, permisos de salida durante 15 días continuos, permisos de salida por los fines de semana,

libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaria abierta), y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad como la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del C. Penal) y la libertad condicional (artículo 64, ibidem) y la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal (artículo 68 de la misma obra).⁵

En esas condiciones, es necesario colegir que la pena, en su fase de ejecución, así tenga un propósito resocializador, “ello en manera alguna significa que no tenga también asignada la función de prevención general, pues una y otra finalidad apuntan a garantizar principios básicos del Estado social y democrático de derecho, tales como la vigencia del ordenamiento jurídico, la convivencia, la paz y la solidaridad, entre otros valores sociales, sin que, por su puesto, se desconozca la tensión que entre ellos se genera y la resolución que a ella debe darse en razón de las particularidades del asunto”.⁶

3. Hechas las precedentes precisiones y en aras de desatar la impugnación extraordinaria, se hace necesario acudir a las normas en conflicto por razón del tránsito legislativo y que, según el actor, fueron el motivo del desconocimiento del principio de favorabilidad, especialmente lo atinente al numeral 2° de los artículos 68 del Decreto 100 de 1980, el que a juicio del libelista debió aplicarse, y 63 del actual Código Penal, aplicado indebidamente.

Para dicho efecto, tales preceptivas textualmente rezan:

“Artículo 68. Concepto. En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

“1°. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión.

“2°. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario”.

“Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

“1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.

“2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

“La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

“El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento”.

Es claro que la suspensión condicional de la ejecución de la pena, o condena de ejecución condicional, como la definía el anterior Código Penal, es un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, el que se instituyó con amplio criterio liberal frente a la inconveniencia del drástico rigorismo vindicativo, abriendo camino a una concepción pragmática de la pena como instrumento de resocialización y de reinserción social del individuo, constituyéndose, además, bajo razones criminológicas y de política criminal, en un instrumento complementario y alternativo de las citadas resocialización y reinserción.

Ahora bien, en principio puede afirmarse que la modificación al instituto de la condena de ejecución condicional es meramente nominal, ya que los requisitos objetivo y subjetivo para su concesión se mantuvieron en su estructura, lo que implica que, contrario a lo afirmado por el libelista, no concurra la alegada favorabilidad.

En primer término, tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la condena de ejecución condicional, llevan necesariamente a suspender la ejecución de la sentencia, pues para ello basta observar que el artículo 68 contemplaba que podía suspenderse “la ejecución” del fallo por un período de prueba de dos a cinco años, siempre y cuando se reunieran los factores objetivo y subjetivo para su otorgamiento, sin olvidar que el artículo siguiente (69) establecía que “al otorgar la condena de ejecución condicional el juez podrá exigir el cumplimiento de la penas no privativas de la libertad”. Por su parte, el nuevo artículo 63 si bien consagra la suspensión condicional de la ejecución de la “pena”, de todos modos, como lo acepta el libelista, el juez también podrá “exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad”.

En otras palabras, comparadas las normas citadas en dicho aspecto, se debe colegir que antes y hoy el juez podía y pudo suspender la ejecución de la sentencia. Ello significa que está facultado para suspender todas las penas, o para suspender sólo la relativa a la privativa de la libertad, exigiendo la ejecución de las demás.

En lo que atañe al inciso segundo de las citadas normativas, esto es, el factor subjetivo, encuentra la Sala que mientras el Código de 1980 se refería a la “personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible”, hoy se consagran “los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado”, modificación que, en estricto sentido, no conlleva un cambio estructural que implique necesariamente predicar una reforma del instituto. Por el contrario, se acudió a una mejor redacción en busca de la eliminación de viejos vestigios del peligrosismo que contrariaba el derecho penal de acto,

lo que implica que el examen respecto al individuo condenado, teniendo en cuenta las funciones de prevención general y prevención especial de la pena, tenga una mayor cobertura en cuanto al comportamiento social y familiar del sentenciado que sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

Tales aspectos han sido considerados de antaño por la jurisprudencia, al punto que muy seguramente fueron tomados en cuenta por el legislador al momento de la redacción del citado artículo 63. Al respecto dijo la Corte:

“Algunos quieren hacer del concepto de la ‘personalidad’, para efectos de la dosificación de la pena (C.P. artículo 61) o de la concesión del subrogado (art. 68 ibidem) o del subrogado de la libertad condicional, artículo 72 ibidem, algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por especialista en psicología, psiquiatría, caracterología, etc., o de profanos que atiendan mansamente los dictados emitidos por estas clases de científicos. La ley no es tan escrupulosa ni tan utopista. Le bastan interpretaciones más a la mano, de más fácil manejo, de verificación más posible y real, de alcances más generales y valorables por el común de las gentes, con la formación corriente que suele acompañar a víctimas y victimarios, o a abogados de defensa y de parte civil o integrantes del ministerio público, o en fin al nivel de formación básica de los integrantes de la judicatura. Intentar cambiar estos derroteros tan sencillamente ideados por el legislador, sería dar ocasión a que el proceso de negación o de otorgamiento de la condena de ejecución condicional, fuese labor más complicada de la que concentra el descubrimiento de un delito, la demostración del ente infraccional y la conclusión de un juicio de reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según el interés que le mueva, encontraría, parapetado en una tesis, la personalidad del procesado incompatible con este subrogado o, por el contrario, abiertamente subsumible en los factores que gobiernan su concesión. Y luego de acabar tan compleja dilucidación, todavía quedaría pendiente la controversia sobre la naturaleza y posibilidades de nuestro

sistema penitenciario como ejemplo válido u obstaculizante de la resocialización del sentenciado”.

Más adelante agregó:

“La personalidad del procesado, en su fijación, tendrá que relacionarse con lo que es él, en sí, en su conducta individual o familiar o social, en sus características forma de vida (oficios, artes o profesiones lícitas) y en sus condicionamientos comportamentales, que permitan confiar fundadamente en que resulta más provechoso para él y la colectividad sustraerle de la reclusión que efectivizar, en un medio carcelario, la pena privativa de la libertad impuesta” (subrayas fuera del texto).⁷

En consecuencia, como queda visto, el examen de la persona, es decir, del procesado condenado, implica para el juzgador la consideración valorativa de múltiples factores que le permitan concluir en la ejecución o no de la pena impuesta, lo que conlleva a colegir que la nueva norma tampoco varió sustancialmente en este aspecto.

Lo mismo acontece con “la naturaleza y modalidades del hecho punible” que estipulaba el artículo 68, con “la modalidad y gravedad de la conducta punible” que estatuye el artículo 63, toda vez que para su examen las dos se han sustentado en el principio de la necesidad de la pena, teniendo en cuenta la calidad y la afectación del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y la intensidad de la culpabilidad desplegada en la conducta delictual, aspectos que también atañen a la prevención general y a la prevención especial propias de la función de la punibilidad.

En esas condiciones, no le asiste razón al actor cuando arguye la transgresión del principio de favorabilidad, pues, como se ha visto, ambas normas concentran aspectos similares que no indican un cambio estructural y sustancial del instituto y, por lo mismo, mal puede afirmarse que el Tribunal, en este caso, erró en la aplicación del artículo 63 del nuevo Código Penal.

Por lo demás, el censor no evidencia que de haberse aplicado el artículo 68 del Decreto 100 de 1980, en vez del 63 de la Ley 599 de 2000, el procesado se hubiere hecho merecedor al sustituto, máxime si se considera que le fue negado con base en que la conducta “fue de suma gravedad, pues adquirió un vehículo hurtado y pretendió ocultarlo, cambiándole los sistemas de identificación por los del Jeep Nissan de su propiedad y esas maniobras pretendió ‘legalizarlas’ ante la oficina del INTRA de Guatemala, como antes se analizó”, lo que aunado a sus condiciones personales le era exigible un comportamiento social adecuado, dada la posición distinguida que ocupaba en la sociedad, en razón del oficio de congresista que desempeñaba.

En otras palabras, el sentenciador, apoyado en el principio de necesidad de la pena y en aras de las prevenciones general y especial, luego de analizar los factores personales del sentenciado y la gravedad y modalidad de la conducta punible, concluyó que debía ejecutarse la pena, aspectos que el casacionista no consideró en el texto de la demanda, limitando su argumentación a la afirmación abstracta de que el juzgador transgredió el principio de favorabilidad.

De otro lado, tampoco constituye argumento demostrativo de la censura la afirmación, según la cual, el procesado tiene derecho a dicho subrogado penal, toda vez que la Corte, en pretérita ocasión procesal y cuando cumplía funciones de instructor, concedió al sindicado la libertad provisional con fundamento en el artículo 415, numeral 1º, del Decreto 2700 de 1991, ya que, como atinadamente lo conceptuó el Procurador Delegado, tal situación no ata al sentenciador, por cuanto que se trata de momentos procesales distintos, además de que tal hipótesis, por sí sola, no evidencia la reclamada transgresión del principio de favorabilidad.

El cargo no prospera.

Acotación final

Como quiera que el procesado actualmente ostenta la investidura de Representante a la Cámara, el diligenciamiento no se devolverá al lugar de origen, sino que se mantendrá en esta Corporación a efecto de verificar el cumplimiento de la ejecución de la sentencia, dado el fuero constitucional que lo asiste.

Así mismo, por Secretaría de la Sala se informará de este fallo a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes.

Igualmente, una vez notificado el presente fallo, se librarán las respectivas órdenes de captura, tal como fue ordenado en la sentencia de segunda instancia y en el auto del 29 de agosto de 2002 proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en cumplimiento del artículo 188, inciso segundo, del C. de P. P..

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,

R E S U E L V E

1. No casar la sentencia impugnada.
2. De este fallo entérese a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes del Congreso de la República.
3. Notificada esta sentencia, líbrense las correspondientes órdenes de captura.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

No hay firma

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

No hay firma

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERIO MILANÉS

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de segunda instancia del 9 de julio de 2002, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

2 Sentencia de segunda instancia del 25 de junio de 2002, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

3 Sentencia de segunda instancia del 25 de junio de 2002, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

4 Sentencia de casación del 7 de noviembre de 2002, M.P. Dr. Herman Galán Castellanos.

5 Auto de única instancia del 11 de febrero de 2003, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

6 Auto de única instancia del 11 de febrero de 2003, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

7 Providencia del 24 de abril de 1992, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, y auto del 4 de febrero de 1997, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel.