

Proceso No 20450

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

APROBADO ACTA No. 024

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil cinco (2005).

El Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia anticipada en contra de JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS y JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN, condenándolos a 90 meses de prisión por los delitos de homicidio en grado de tentativa (artículos 27 y 103 del C.P.) en concurso con hurto calificado y agravado (artículos 239, 240 y 241 -10 en concordancia con el artículo 40 Id.), inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad y al pago de \$15.000.000 por perjuicios materiales y 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por perjuicios morales.

El defensor de los procesados JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN y JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS impugnó la decisión del a quo, por lo que el 21 de junio de 2002, el Tribunal Superior de Bogotá, reformó la providencia apelada en relación con las penas principal y accesoria, en el sentido de imponerle a cada uno de los inculcados 85 meses y 10 días de prisión, reduciendo la inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

Los defensores de los procesados en el trámite del recurso de casación,

presentaron las demandas sobre las cuales se pronuncia ahora la Sala.

HECHOS

El Tribunal Superior de Bogotá se refirió a los hechos que dieron lugar al proceso penal en contra de JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN y JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS, en los siguientes términos:

“En informe policial rendido por la Policía Metropolitana de Bogotá, Estación Novena Fontibón, se dejó a disposición del Fiscal de Turno de Engativá a JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN, capturado en la misma fecha, a las 00:45 horas aproximadamente, en la carrera 108 con calle 20.

Respecto a los motivos de la aprehensión se dijo que la central de radio de la Policía alertó sobre un presunto caso en la carrera 103 con calle 22; en el lugar, fue encontrado, lesionado, ALBERTO ENRIQUE RAMOS quien informó que cuando se disponía a tomar un taxi en compañía de la señora MERCEDES MENDOZA fueron interceptados por dos individuos quienes, portando armas cortopunzantes, lo sometieron mientras ésta logró huir buscando auxilio; en el lapso fue despojado de una bolsa con sus pertenencias y algún dinero en efectivo. Como opuso resistencia los sujetos le propinaron graves heridas, una de ellas en el abdomen.

Noticiados de las características de los hombres y sus vestimentas, dispusieron la búsqueda lográndose aprehender a una persona coincidente con las características enunciadas, quien fue conducido hasta donde se encontraba el agredido quien lo reconoció de inmediato.

Luego se supo que al mismo centro asistencial, a donde fue llevado el herido, llegó el otro atacante quien no pudo ser capturado por haber sido dado de alta luego de su atención; sin embargo el capturado informó que su nombre era JOSÉ ALEXANDER YASOS

BOLAÑOS”.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación penal fue asumida por la Fiscalía 19 Seccional con sede en esta capital. Recibida indagatoria al capturado JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN, se le resolvió situación jurídica mediante resolución del 27 de diciembre de 2001, providencia en la que se le impuso detención preventiva por los delitos de homicidio tentado y hurto agravado. Idéntica medida se dispuso respecto de ALEXANDER YASOS BOLAÑOS, quien fue identificado, aprehendido y oído en descargos.

El 28 de febrero de 2002 la Fiscalía reconoció como parte civil a ALFREDO ENRIQUE ARENAS RAMOS.

Los procesados solicitaron sentencia anticipada, audiencia que se realizó el 27 de marzo de 2002, en la que se imputó a JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN y JOSÉ ALEXANDER YASO BOLAÑOS los delitos de tentativa de homicidio en concurso con el ilícito de hurto calificado por la violencia ejercida sobre la persona y agravado por el número de participantes (artículos 103, 27, 239, 240 y 241 de la ley 599 de 2000). En la diligencia el defensor de los procesados solicitó el reconocimiento de la condena de ejecución condicional o la prisión domiciliaria, dado que son aplicables los artículos 268 y 269 del C.P.

La causa correspondió al Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que junto con la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad, profirieron los fallos de instancia, de cuyo contenido se dio razón en el primer capítulo de esta providencia.

La sentencia de segundo grado es ahora objeto de examen en razón a la casación que interpusieron los defensores de los procesados.

LAS DEMANDAS

I. Demanda a nombre de JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN.

La sentencia del Tribunal de Bogotá es violatoria directamente de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 31, 60 - 4° y 5° y 61 del C.P., dado que los límites punitivos se fijaron con base en criterios que no corresponden a los señalados en tales disposiciones, además de que se dejaron de aplicar los numerales 1° y 6° del artículo 55 ibídem, que hacen relación a la carencia de antecedentes penales y al hecho de haberse reparado los perjuicios.

El Tribunal erró al individualizar la pena para el delito de hurto calificado y agravado, pues partió de un mínimo de 3 y no de 4 años de prisión como lo establece el artículo 240, numeral 4°, inciso 2°, del C. P. Sobre el marco mínimo legal elegido aplicó equivocadamente la rebaja de los artículos 268 y 269 ibídem, pues el máximo de la disminución no la dedujo del mínimo de pena prevista, de ahí que llegó a la conclusión que para el ilícito contra el patrimonio económico el primer cuarto era de 13 meses y 10 días hasta 23 meses y 2 días, los medios corrían entre la cantidad en mención y 43 meses y 4 días y el cuarto final entre esta cifra y 53 meses y 6 días. La aplicación acertada de las diminuciones en mención conducen a que por razón del artículo 268 id. la pena mínima es de 28 meses y la máxima de 120, en tanto que con la reducción del artículo 260 ib. la pena mínima queda en 7 meses y el máximo en 60 meses, por lo que el primer cuarto oscila entre 7 meses y 20, 2 meses, los cuartos medios van en meses hasta 46,7 y el máximo hasta 60 meses, teniendo en cuenta que la constante de movilidad entre los cuartos es de 13, 2 meses.

Para efectos del concurso el Tribunal consideró como delito de mayor gravedad el homicidio tentado, estimando el juzgador que el primer cuarto oscilaba entre 78 y 225 meses de prisión, agregando el recurrente que como en este caso no se imputaron

circunstancias agravantes, el ad quem debió partir del mínimo del cuarto de movilidad.

No obstante afirmarse en el cargo que no se formula reparo en relación con la pena respecto de la tentativa de homicidio, se sostiene que el Tribunal estaba obligado en su tasación a partir del mínimo de 78 meses, resultando ilegal el incremento de 32 meses sobre dicha cifra, así como también lo es el aumento de los 18 meses por el delito de hurto calificado y agravado,

La sentencia de segunda instancia partió de 110 meses de prisión para el delito contra la vida, sanción que incrementó en 18 meses por el ilícito contra el patrimonio, y del guarismo de 128 meses redujo la tercera parte por sentencia anticipada, siendo el resultado de esta operación la pena impuesta, esto es, 85 meses y 20 días.

De otra parte, el fallo de segundo grado admitió la ausencia de antecedentes penales y la reparación voluntaria del daño ocasionado, por lo que el Tribunal estaba obligado a considerar y aplicar los numerales 1° y 6° del artículo 55 del C.P.

Corregidos los yerros en los que incurrió el Tribunal, la pena que ha debido imponerse al procesado debió ser de 59 meses y 4 días, por lo que la Corte al casar el fallo recurrido puede otorgar la prisión domiciliaria, dado el quantum de la sanción, la conducta anterior, la profesión y el cumplimiento de sus obligaciones familiares.

II. Demanda a nombre de JOSÉ ALEXANDER YASO BOLAÑOS.

Primer cargo.

La sentencia del Tribunal de Bogotá violó directamente la ley sustancial al interpretar erróneamente los numerales 4° y 5° del artículo 60 del C.P.

El Tribunal corrigió el mínimo de la pena del cual partió el a quo para el delito de hurto calificado y agravado, asumiendo como tal 3 años de prisión y al efectuar el incremento ordenando por el artículo 241 del C.P., además de incurrir en error aritmético, estimó que el mínimo de la pena sería de 3 años y 4 meses y el máximo de 11 años, lo que a juicio de la recurrente es equivocado, porque los aumentos en dos proporciones se deben aplicar el menor al mínimo y el mayor al máximo de la sanción prevista, yerro que se repitió al hacer las deducciones de los artículos 268 y 269 del C.P., disposiciones con base en las cuales los marcos punitivos debieron conducir a una pena de 5 meses y 8 días para el ilícito contra el patrimonio económico y no los 13 meses y 10 días que efectivamente determinó el ad quem.

De otra parte, la segunda instancia consideró que el incremento de la pena básica elegida por la tentativa de homicidio debía incrementarse en 18 meses, lo cual implica un incremento superior a la suma aritmética de las sanciones que individualmente corresponde al delito de hurto, por el concurso de las conductas punibles.

De no haberse incurrido en los yerros denunciados la pena impuesta habría sido de 76 meses y 28 días.

Segundo cargo.

Falso juicio de identidad.

La sentencia de segunda instancia violó indirectamente la ley sustancial al tergiversar los dictámenes médicos al momento de dosificar la pena para el delito de tentativa de homicidio.

El dictamen de medicina legal señala que al paciente se le practicó laparotomía más fabia hepática, lo cual no indica que la víctima estuviera próxima a alcanzar el resultado muerte. El contenido de la prueba resulta distorsionado por la decisión recurrida al hacer ver que

de no haberse prestado la atención hospitalaria el individuo hubiera fallecido inexorablemente.

Los jugadores incurrieron en un falso juicio de identidad al apreciar el contenido de los dictámenes de Medicina legal obrantes a los folios 19 y 133 (cd. 1).

Para la recurrente, el paciente ingresó al centro asistencial el 23 de diciembre y salió el 25 siguiente, deduciendo del lapso de permanencia que las heridas no tenían la gravedad que les otorgó el juzgado y el Tribunal. En apoyo de esta conclusión, trae a colación la demandante la incapacidad de 35 días que fue reconocida como definitiva, además de que la deformidad que le quedó a la víctima es una consecuencia normal de la cirugía.

Con base en las premisas señaladas se aduce en el cargo que los jugadores fueron más allá de lo que informaban los dictámenes, por lo que se solicita casar la sentencia de segunda instancia modificando el monto de la pena impuesta.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante la Corporación sugiere casar parcialmente el fallo recurrido, con base en los siguientes argumentos:

I. Demanda a nombre de JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN.

Respecto del hurto calificado y agravado, la Delegada encuentra que le asiste razón al recurrente, pues el Tribunal en forma errada estimó que la pena para dicho punible fluctuaba entre 3 años y 4 meses a 11 años de prisión, cuando el inciso segundo del artículo 240-4 del C.P. establece un mínimo de cuatro años por haberse ejecutado con violencia sobre las personas, sin embargo, respecto de esta reclamación el actor no tiene legitimación por estar en contravía a los intereses que se defienden, dado que la dosificación del Tribunal es inferior a la que determina la ley. Tal yerro no es posible

corregirlo en casación en razón a la prohibición de la reforma peyorativa.

Nuevamente el ad quem erró en la determinación de los límites punitivos para el hurto al aplicar los artículos 268 y 269 del C.P., pues la deducción debió obedecer a los parámetros del artículo 60-5 ídem.

Los cuartos punitivos reales para el hurto calificado y agravado, bajo las circunstancias de los artículos 268 y 269 del C.P., tienen un valor constante de 9.75, por lo que el primer cuarto va de 5 meses a 14.75 meses, los cuartos medios de 14.75 meses a 34.25 meses y el último cuarto de 34.25 a 44 meses. Por tanto, dado que no concurrían circunstancias de mayor o menor punibilidad, la pena debe fijarse dentro del primer cuarto punitivo.

El Tribunal estableció correctamente que la pena más grave era la del delito de homicidio en grado de tentativa y no estaba obligado a partir del mínimo de la pena básica (78 meses) correspondiente al primer cuarto punitivo, pues al individualizar la pena en 110 meses ponderó las circunstancias a que hace referencia el artículo 61 del C.P.

El incremento de 18 meses de la pena básica por razón del concurso con el delito de hurto rebasó la suma aritmética, pues al individualizarse la sanción para el delito contra el patrimonio económico ésta se determinó con base en el cuarto mínimo, que va de 5 hasta 14.75 meses.

Se evidencia con las anteriores premisas que existió violación directa por errada interpretación de los artículos 609, 61 y 31 del C.P.

La Delegada advierte que el incremento hecho por el Tribunal al mínimo de la

pena en el delito contra el patrimonio es equivalente al 45.47%, el que aplicado al ámbito de movilidad del cuarto mínimo da una pena a imponer de 9 meses y 13 días, sanción que no se compadece con las deducciones autorizadas por los artículos 268 y 269 del C.P.

De la suma de la pena básica del delito de homicidio tentado y el hurto calificado y agravado (119 meses y 13 días) se descuenta la tercera parte por haberse acogido a sentencia anticipada, por lo que la pena definitiva a imponer a JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN queda en 79.62 meses, esto es, 79 meses y 18 días, debiéndose casar la sentencia en este sentido.

II. Demanda presentada en favor de JOSÉ ALEJANDRO YASOS BOLAÑOS.

Primer cargo.

La Delegada se remite a la respuesta dada a la demanda presentada en favor de JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN, pues ciertamente se incurrió en interpretación errónea de la ley sustancial, como lo sugiere la recurrente, debiéndose casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de imponer al procesado una pena de 79 meses y 18 días.

Segundo cargo.

La demandante no demostró el falso juicio de identidad que le atribuyó al fallador, dedicó la fundamentación a presentar su particular forma de apreciar la atención intra - hospitalaria de Alfredo Enrique Arenas y minimizar el alcance del atentado contra la vida, desnaturalizando el sentido del cargo.

De otra parte, la Delegada encuentra acertadas las consideraciones del

fallador en relación con el incremento de 32 meses en relación con la pena individualizada para la tentativa de homicidio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. Demandas presentadas a nombre de JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN y primer cargo de la formulada en nombre de JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS.

Resulta indispensable examinar conjuntamente los cargos formulados en las demandas de casación presentadas a nombre de JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN y el primer reproche de la formulada en nombre de JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS, dado el sentido de la decisión que debe adoptar la Sala a ese respecto.

1. Dosificación de la pena en la sentencia del Tribunal

Para efectos de establecer si se incurrió en los yerros que se denuncian por los recurrentes, resulta pertinente hacer referencia a la dosificación de la pena realizada en el fallo proferido por el Tribunal de Bogotá.

El ad quem, con base en los artículos 31, 60 y 61 del C.P., individualizó la pena impuesta a JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN y a JOSÉ ALEXANDSER YASOS BOLAÑOS, aduciendo como razones:

En la tentativa de homicidio (artículos 103 y 27 del C.P.), partió de un marco legal de 78 a 225 meses de prisión, precisando que el primer cuarto oscilaba entre 78 meses a 114 meses y 22 días, por citar únicamente el que corresponde al asunto sub judice.

En el hurto calificado y agravado, puntualizó que el artículo 240 del C.P. señala una pena de 3 años (no de cuatro años como lo significó el a quo) a 8 años de prisión, la que incrementada en los términos del artículo 241 lb. (de una sexta parte a la mitad) da un marco legal punitivo de 3 años y 4 meses a 11 años de prisión, el que se reduce de una tercera parte a la mitad en virtud de lo establecido por el artículo 268 lb. quedando el marco referido en 26 meses y 20 días a 71 meses de prisión, el que a su vez se disminuye de la mitad a las tres cuartas partes en razón del artículo 269 del Estatuto Penal, obteniéndose un marco punitivo final para el delito contra el patrimonio económico de 13 meses y 10 días a 53 meses y 6 días de prisión.

Con base en el artículo 31 del C.P. se tomó la tentativa de homicidio como ilícito de mayor gravedad, que por no haberse aducido agravantes, le permitió al ad quem tasar la pena con base en el cuarto mínimo que oscila entre 78 y 114 meses y 22 días, pero dada la gravedad de las lesiones y las condiciones en que se ejecutó el hecho, se partió de 110 meses de prisión como pena básica, guarismo que por razón del concurso con el delito de hurto calificado y agravado se incrementó en 18 meses de prisión. De los 128 meses resultantes de las operaciones en mención dedujo la tercera parte por haberse acogido los inculcados a sentencia anticipada, para imponer finalmente una pena de 85 meses y 10 días de prisión, reformando en este sentido la decisión de primera instancia.

2. Individualización de la pena conforme a la ley 599 de 2000.

El proceso de individualización de la pena, conforme a la ley 599 de 2000, impone al funcionario judicial fijar los límites mínimos y máximos en los que le es dable moverse en un asunto dado, considerando la concurrencia de circunstancias modificadoras y los criterios para fijar la sanción. Con este procedimiento el sentenciador debe definir el

ámbito de movilidad y los cuartos punitivos para cada ilícito. Determinados los topes de la sanción, habida consideración de los tipos básicos, especiales y subordinados concurrentes, se aplican los incrementos con base en los artículos 61 y 67 del C.P. Es con respecto a ésta pena considerada como la más grave y así individualizada, sobre la que opera el incremento autorizado por el artículo 31 del Código Penal, la por lo tanto no puede exceder el doble de la estimada en concreto en el caso particular mediante el método indicado, ni puede resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían si el juzgamiento se realizara separadamente para las distintas infracciones, ni superar los 40 años de prisión de que trata el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

3. El caso concreto.

3.1. A JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN y a JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS se les imputaron los delitos de tentativa de homicidio y hurto calificado y agravado, reclamando los recurrentes la corrección de los yerros que por interpretación errónea cometió la decisión de segunda instancia, en relación con la individualización de la pena respecto del delito de hurto calificado y agravado, vinculados con el mínimo de la pena elegido, la determinación del quantum de los cuartos y las deducciones punitivas establecidas en los artículos 268 y 269 del código penal, así como respecto del incremento de la pena básica por el delito concurrente, además del reconocimiento de la condena de ejecución condicional o prisión domiciliaria y, de la denuncia que hace el primero de los actores en mención, en el sentido de haberse dejado de aplicar las circunstancias de menor punibilidad relacionadas con la conducta anterior y la reparación del daño.

3.2. El Tribunal al individualizar la pena para el delito de hurto calificado y agravado, a pesar de admitir que el ilícito se calificaba por haberse cometido con violencia sobre las personas, estimó que la pena mínima prevista era de 3 a 8 años de

prisión, cuando lo cierto es que, el inciso segundo del artículo 240 - 4 de la Ley 599 de 2000 establece en tales casos una pena de 4 a 10 años de prisión, por lo que la decisión del ad quem en este caso vulneró el principio de legalidad de las penas, aspecto que por agravar la situación jurídica de los procesados es asunto para el cual no están legitimados en su reclamación los demandantes, como acertadamente lo advirtió la Delegada, lo cual no obsta para que la Sala, conforme al criterio mayoritario, ajuste a derecho dicho desacierto.

Pero, además, ha de subrayarse, que el ad quem erró en la operación matemática para calcular el marco punitivo por el incremento de la agravante del artículo 241 del C.P., pues lo estableció de 3 años y 4 meses a 11 años de prisión, cuando corresponde a un lapso de 56 a 180 meses de prisión, con lo cual se quebrantó el numeral 4° del artículo 60 ibídem.

De otra parte, al aplicar el ad quem las diminuentes punitivas establecidas en los artículos 268 y 269 del C.P., que encontró viables en este asunto, no dedujo correctamente las proporciones, esto es, la mayor al mínimo y la menor al máximo de la pena prevista, como lo indica el numeral quinto del artículo 60 del ibídem, por lo que concluyó con la primera de las disposiciones en mención que el marco punitivo oscilaba entre 26 meses y 6 días a 71 meses de prisión, siendo que corresponde a un lapso de 28 a 120 meses de prisión y, con la segunda de las normas citadas, dicho guarismo se estimó por el Tribunal de 13 meses y 10 días a 53 meses y 6 días de prisión, siendo que el ámbito era de 7 a 60 meses de prisión. Por esta vía, tales desaciertos incidieron en el resultado del cálculo de la pena por el descuento a que los inculcados tenían derecho por haberse acogido a sentencia anticipada.

Los yerros del Tribunal en relación con el delito contra el patrimonio económico se corrigen considerando como marco punitivo para el delito de hurto calificado por la violencia sobre las personas (artículo 240 - 4, inciso segundo de la ley 599 de 2000) una

sanción de 4 a 10 años de prisión, no la del ad quem que partió de 3 años, violando el principio de legalidad. Esta sanción se incrementa de una sexta parte a la mitad por agravarse la conducta por el número de participantes (artículo 241-10 ib.), quedando en 56 meses el mínimo y en 180 meses el máximo, aplicando lo normado en el numeral 4° del artículo 60 del Estatuto en mención. Al descontar la diminuyente del artículo 268 del código de penas reconocida en el fallo de segundo grado, en las condiciones del numeral 5° del artículo 60 ejusdem, se tiene que el marco de punibilidad, es de 28 meses el mínimo y 120 meses el máximo. En consecuencia, y dado que debe imponerse en este caso el mínimo de la pena, la sanción por el hurto queda en 28 meses de prisión, guarismo éste que se reduce por la conducta posdelictual en los términos del 269 del C.P., quedando finalmente como pena imponible por el delito contra el patrimonio 7 meses de prisión.

3.3. Los reparos hechos a la individualización de la pena por la tentativa de homicidio son infundados, pues el Tribunal no estaba obligado a tener como pena básica el menor de los guarismos del cuarto mínimo que oscila entre 78 a 114.75 meses de prisión, dado que en este caso halló razones valederas para partir de 110 meses como pena básica a imponer, prohijando para tales efectos los fundamentos esgrimidos por el a quo, relacionados con criterios que están autorizados por el artículo 61 del C.P., conclusión que la primera instancia sustentó en los siguientes términos:

“Este quantum así intensificado, obedece a la gravedad de las lesiones que le ameritaron una incapacidad a la víctima, de 35 días, con una deformidad física en el cuerpo, igualmente a que no se limitó la violencia a una sola cuchillada, sino a varias, porque el dictamen revela dos heridas abdominales, y Alfredo Enrique, comentó, que también le habían causado otra en el hombro. Esta actividad, desarrollada por los sujetos activos de los punibles está indicando su decisión irrevocable de tronchar la vida del sujeto pasivo, por lo que la tentativa se aproximó al máximo de la consumación, valga decir, que

hicieron hasta lo imposible para cumplir el cometido, sin lograrlo obviamente por la reacción valerosa del ofendido y ante su propia persuasión de ser eliminado, por que (Sic) los involucrados se lo habían anunciado aduciendo que les habían visto la cara y tenían que “matarlo”. Entonces, el dolo alcanzo su mayor grado que permite también la ubicación punitiva en el límite señalado (110 meses). Ahora, el daño ocasionado a la víctima, fue real, y con una gravedad superlativa. Retomando el tema del dolo, debe destacarse que su intención no se limitó a un atentado contra la propiedad, o sea, despojar al transeúnte de sus bienes, sino que en forma despiadada atentan contra su vida, demostrando con este proceder una mayor insensibilidad moral y un desprecio absoluto por la existencia ajena”.

Los falladores no interpretaron erróneamente los artículos 60 y 61 del C.P. al incrementar el mínimo de la pena en la tentativa de homicidio de 78 a 110 meses de prisión, esta decisión resulta ajustada a los parámetros establecidos en tales disposiciones, pues el criterio expresado en los fallos de instancia estuvo determinado por la gravedad de la conducta, el daño real y potencial creado, la intensidad del dolo y la aproximación al momento consumativo, dado que, a decir del ad quem, de “no haber sido por la rápida intervención hospitalaria el resultado hubiera sido el fallecimiento en tanto que la puñalada afectó el hígado que es órgano vital”.

3.4. El Tribunal de Bogotá al dosificar la pena por el concurso de los delitos de tentativa de homicidio y hurto calificado y agravado, acertó al elegir el atentado contra la vida como ilícito con sanción de mayor gravedad, fijando la pena básica en 110 meses de prisión, dado que no concurrían circunstancias de mayor punibilidad y habida consideración a los fundamentos establecidos en el artículo 61 del C.P.

Sobre la regla de la pena básica señalada en el párrafo anterior se deben aplicar las

limitaciones que establece el artículo 31 del Código Penal, para fijar la sanción por el concurso de la tentativa de homicidio y el hurto calificado y agravado, pues el incremento autorizado no puede exceder el doble de la estimada en concreto en el caso particular para la pena más grave ni ser superior a la suma aritmética de las que corresponderían a las infracciones individualmente consideradas, ni desconocer el límite de los 40 años de prisión de que trata el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

La individualización de las penas para las conductas delictivas que concursan es determinante para elegir la penalidad más grave, a la vez que constituye elemento indispensable para cuantificar la condición que corresponde a la prohibición de no superar el doble de su suma aritmética. Esta adición fue aspecto que se mencionó en el artículo 31 del C.P. como criterio para definir el límite del aumento.

El Tribunal, como acaba de señalarse, fijó como pena básica para el delito de tentativa de homicidio 110 meses de prisión, sanción que incrementó en 18 meses por concurrir el hurto calificado y agravado, para un total de pena de 128 meses de prisión, de los cuales se dedujo la rebaja por haberse acogido los inculcados a sentencia anticipada. Ha de aclararse, que los 18 meses de prisión equivalen al aumento por el delito concurrente más no a la pena que individualmente corresponde al hurto, como equivocadamente lo entendieron la Delegada y los recurrentes.

La Procuraduría y los impugnantes descalifican el incremento de los 18 meses por el concurso, afirmando, primero, que ese guarismo fue el monto de la pena individualmente considerada para el delito de hurto calificado y agravado, lo cual no es cierto, pues esa cifra corresponde al incremento por el concurso y no a la pena individualizada para el hurto, como se aclaró antes.

El incremento punitivo que se hizo en la sentencia de segunda instancia por el concurso delictivo y al cual se ha hecho referencia, no excede el doble de la pena

estimada como más grave (que en este caso serían más de 220 meses), como tampoco excede los 40 años, límite máximo de la pena de prisión, pero si es superior a la suma aritmética de la que corresponde individualmente a la conducta punible que concurra, por lo que el incremento de los 18 meses vulnera las previsiones del artículo 31 del C.P.

Ahora bien, conforme a la crítica de los actores y la Delegada, resulta cierta la equivocada interpretación del artículo 31 del C.P. que se le atribuye al Tribunal, si se tiene en cuenta que, el incremento punitivo en el concurso es superior al guarismo que podía sumarse a la pena básica y que está determinado por la sanción individualizada del hurto calificado y agravado, pues habiendo admitido el fallador que no concurrían circunstancias de agravación punitiva y que la sanción se ubicaba en el cuarto mínimo (13 meses y 10 días hasta 23 meses y 2 días), ha de asumirse, por no haberse concretado tal aspecto en el fallo, que la cifra menor de la citada proporción es la pena para el delito contra el patrimonio, y, en consecuencia, el aumento no podía ser superior de 13 meses y 10 días.

El error en los cálculos de los marcos punitivos del delito de hurto calificado y agravado, al hacerse el ajuste punitivo establecido en el artículo 241 del C.P. y las disminuciones punitivas de los artículos 268 y 269 ibídem, repercutió considerablemente en el incremento punitivo que correspondía hacerse para efectos del concurso, al imputarse una adición de 18 meses de prisión, que corresponde a un incremento del 137%, superándose en un 37% el guarismo máximo que podía aplicarse.

Haciendo la estimación para el incremento en el concurso sobre los guarismos y marcos punitivos que corresponden, una vez corregidos los yerros en los que incurrió el juzgador en su tasación, a los cuales se hizo referencia en el numeral 3.2. de este acápite, se tiene que el incremento por el concurso del hurto calificado, dada la naturaleza y la cantidad de pena que corresponde individualmente al delito contra el patrimonio económico, no puede ser superior a 7 meses de prisión, quantum equivalente

al máximo en que puede adicionarse la pena básica en el concurso. Por tanto, de esta cifra, para ajustar a la legalidad el incremento, debe descontarse el exceso del 37% en el que incurrió el ad quem, por lo que deducido ese porcentaje de los 7 meses de prisión, se tiene que el incremento en el concurso en este caso debe ser igual a 4 meses y 13 días.

En consecuencia, la pena básica de 110 meses de prisión por la tentativa de homicidio, debe incrementarse en 4 meses y 13 días por el delito concurrente de hurto calificado y agravado, quedando una pena de 114 meses y 13 días de prisión, cifra de la cual debe deducirse la tercera parte (38 meses y 4 días) en razón a que JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN y JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS se acogieron a sentencia anticipada en la fase del sumario, por lo que finalmente la pena privativa de la libertad que debe imponerse a los procesados en mención es de 76 meses y 9 días de prisión, lapso al cual debe ajustarse la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

En los términos aludidos se casará parcialmente la sentencia recurrida.

El a quo no informó a la Corporación sobre la situación jurídica de los procesados, razón por la cual, se remitirá el expediente a su despacho, para que adopte las decisiones que correspondan respecto a quienes estén privados de la libertad o remita las diligencias al juez de ejecución de penas, según sea el caso, dada la decisión que adopta la Sala en esta providencia.

3.5. Se sostiene en la demanda de JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN que el Tribunal dejó de aplicar las circunstancias de menor punibilidad relacionadas con la conducta anterior y la reparación del daño, previstas en los numerales 1° y 6° del artículo 55 del C.P., aseveración que es infundada, dado que éste último numeral resulta inaplicable en la medida en que la reducción punitiva se hizo con base en la circunstancia

específica de atenuación prevista en el artículo 269 ídem y, de otra parte, en relación con el numeral 1º del artículo en mención, debe subrayarse que la elección del cuarto mínimo para graduar la punibilidad obedeció al hecho de concurrir circunstancias de atenuación, condición perentoria impuesta por el artículo 61 del C.P. para que la movilidad se dé en el primer cuarto de la pena, tal y como se obró en los fallos de instancia.

3.6 La pretensión casacional relacionada con el otorgamiento de la condena de ejecución condicional o la prisión domiciliaria, no fue desarrollada, por lo que no se demostró error alguno en la decisión del ad quem que deba ser corregido por la Sala. Además, tales mecanismos no operan *ope legis*, ni con la sola modificación de la pena que se introduce por la Sala en esta providencia.

II. Segundo cargo de la demanda formulada en nombre de JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS.

La violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación probatoria, derivada del falso juicio de identidad, se presenta cuando al apreciar el contenido fáctico objetivo de la evidencia, el fallador lo tergiversa, cercena o adiciona, poniéndolo a producir efectos que no se desprenden de su texto. En su demostración se exige que la demanda exprese qué dice el medio, qué dijeron los juzgadores, en qué consistió el desacierto y cómo repercutió en la parte resolutive del fallo.

En la situación sometida a estudio de la Sala se reprochó el fallo del Tribunal con base en un falso juicio de identidad, el que se vincula con el contenido de los dictámenes de Medicina Legal, al hacerse ver en la sentencia recurrida que de no haberse prestado la atención hospitalaria al individuo hubiera fallecido

inexorablemente, lo que no se infiere de las pericias, en razón a la fecha de ingreso y salida del paciente y la incapacidad reconocida, por lo que no era dable incrementar considerablemente la pena mínima para el delito de tentativa de homicidio.

En los considerandos de la sentencia del Tribunal se hizo alusión a que la víctima recibió una herida que afectó el hígado, órgano vital, de ahí que se estimara la agresión como un atentado serio y contundente, de una decisión irrevocable de segar la vida de ALFREDO ENRIQUE ARENAS, trance que fue superado por la eficaz atención hospitalaria que se le brindó, en donde se debió practicar una laparotomía para impedir e interrumpir las consecuencias letales que se gestaban con la lesión de no haberse intervenido inmediatamente. Esta situación corresponde objetivamente a lo revelado en la historia clínica visible a los folios 3 a 19 del Cd. 1. y que es indicativa del grado de aproximación de la conducta del agente a la consumación del hecho.

Las conclusiones de la providencia de segundo grado, según el demandante, obedecen a una distorsión de la prueba, sin embargo, al ocuparse de su demostración señala que la individualización de la pena para la tentativa de homicidio no es la mas justa ni corresponde a la realidad probatoria, pues no está acreditada la proximidad a la muerte de la víctima, aseveración que sustenta en la incapacidad definitiva reconocida en el tiempo que estuvo el paciente en el hospital, premisas con las cuales lo que evidencia es su inconformidad con la decisión y una visión diferente al criterio del juzgador, pero no demuestra que éste haya incurrido en error corregible por vía de casacional a ese respecto.

La impugnante no demostró el error atribuido al fallo de segunda instancia en la contemplación de la historia clínica y los dictámenes de Medicina Legal, por lo que el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de

Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Casar parcialmente la sentencia proferida el el 21 de junio de 2002 por el Tribunal Superior de Bogotá, la que fue recurrida por los defensores de JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS y JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN.

Segundo. Condenar a JOSÉ ALEXANDER YASOS BOLAÑOS y JOSÉ IGNACIO GARZÓN GARZÓN a la pena principal de 76 meses y 9 días de prisión, lapso al cual se debe reducir la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, modificándose en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. regrese la actuación al funcionario competente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

Salvamento parcial de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

(Casación No. 20.450)

La Corte empeoró la situación del procesado, como se desprende de sus reflexiones en el punto 3.2. de las consideraciones de la sentencia, páginas 13 y siguientes.

Y no podía hacerlo ante condenados impugnantes únicos, porque del artículo 31 de la Carta emana la pureza íntegra de la prohibición de la reformatio in peius; porque no hay pugna entre los principios de legalidad y de prohibición de la reformatio in peius, pues este no es más que una excepción a aquél; porque la concreción del veto al empeoramiento de la situación del condenado es de mayor trascendencia que la abstracción de la legalidad del delito y de la pena; porque tanto el axioma de la legalidad como el postulado de la no reforma en peor integran, con otros derechos, el debido proceso, es decir, la amplia legalidad; porque si hubiera -que no la hay- colisión

entre legalidad y prohibición de la reformatio in peius, primaría ésta porque es derecho fundamental específico y, por tanto, inalienable; porque en un Estado social y democrático de derecho lo más importante es el hombre y sus derechos; porque el principio de legalidad nació para proteger a las personas sometidas a proceso y a todos los ciudadanos, de los eventuales abusos del poder y, por tanto, no puede ser utilizado en determinados casos en contra éstas; etc.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

22. 7. 2005.