

Proceso No 21720

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado Acta No. 64

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Bogotá, D. C., treinta y uno de agosto de dos mil cinco.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado José Isalión Orjuela Gordillo contra la sentencia anticipada de 26 de julio de 2002, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó a la pena principal privativa de la libertad de 53 meses y 10 días de prisión, , como coautor responsable del delito de hurto calificado agravado.

Hechos y actuación procesal.

1. El 2 de agosto de 2001, en las horas del medio día, en la avenida Boyacá con calle 66 de Bogotá, varios sujetos que se movilizaban en un automóvil marca Daewo interceptaron y se apoderaron del camión con placas de circulación AHJ-438, donde eran transportados 99 hornos microondas LG Referencia MB314, valuados en la suma de \$31'670.100. Los asaltantes intimidaron con armas de fuego a sus ocupantes (conductor y ayudante), y los obligaron a subir al vehículo en que se movilizaban, para luego dejarlos en libertad. Minutos más tarde, la policía recuperó el camión sin la mercancía, y capturó a José Alberto Infante Rodríguez y José Isalión Orjuela Gordillo.

2. La Fiscalía inició investigación y escuchó en indagatoria a los imputados, quienes se

declararon ajenos a los hechos (fls.5, 7, 21, 23/1). Días después el indagado José Isalión Orjuela Gordillo manifestó su voluntad de acogerse a sentencia anticipada, razón por la cual la fiscalía, en diligencia de 4 de octubre de 2001, le formuló cargos por el delito de hurto calificado agravado, de conformidad con lo previsto en los artículos 240, por haber sido cometido con violencia sobre las personas; 241 numerales 6° y 10°, por haber recaído sobre vehículo automotor y haber intervenido en el hecho más de dos personas; y 267.1, por superar la cuantía el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales (fls.175/1).

3. Mediante sentencia de 8 de noviembre siguiente, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá condenó a José Isalión Orjuela Gordillo a la pena principal de 54 meses de prisión, como coautor responsable del delito imputado en la diligencia de formulación anticipada de cargos; a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término; al pago de 30 gramos oro por daños materiales; le negó la condena de ejecución condicional; y, le sustituyó la prisión intramuros por la domiciliaria, en aplicación de lo establecido en el artículo 38 de la ley 599 de 2000 (fls.7/2).

4. El fiscal del proceso recurrió en apelación esta decisión con el fin de solicitar su modificación en dos aspectos: (1) la condena al pago de 30 gramos oro por daños materiales, por considerar que resultaba insuficiente, ya que los hornos no fueron recuperados como equivocadamente lo había entendido el Juez, y que la condena debía hacerse en salarios mínimos; y (2) el otorgamiento de la prisión domiciliaria, por estimar que en el presente caso no se cumplía el requisito objetivo de la pena (fls. 22 y 29 del cuaderno 2).

5. El Tribunal, mediante sentencia de 26 de julio de 2002, modificó el fallo apelado en los términos solicitados por el Fiscal del proceso. En consecuencia, fijó en 60 salarios mínimos legales mensuales la condena por concepto de daños y perjuicios, revocó el otorgamiento de la prisión domiciliaria, y ordenó el traslado del procesado al

establecimiento carcelario que fuera asignado para tal fin. De oficio, rebajó en 20 días las penas principal y accesoria impuestas, tras advertir que el Juez se había equivocado al aplicar la 1/3 parte del descuento por sentencia anticipada, y dispuso expedir copias para que se iniciara acción de extinción de dominio respecto de los bienes incautados a los procesados (fls.4-18 del cuaderno 3).

6. Contra esta decisión recurrió en casación “discrecional” la defensora del procesado. La Corte, por auto de 12 de diciembre de 2003, la admitió por el trámite de la casación ordinaria o común, teniendo en cuenta que se cumplían todos los requisitos previstos en el artículo 205 del estatuto procesal penal para su procedencia, incluido el de la pena, y que no existía razón para imprimirle el trámite de la casación discrecional, como lo peticionada la casacionista.

La demanda.

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, la libelista acusa la sentencia impugnada de violar de manera directa la ley sustancial, por errónea interpretación del artículo 38, numeral primero del Código Penal, que establece el requisito punitivo para tener derecho a la prisión domiciliaria como substituta de la prisión; y por aplicación indebida del artículo 267 ejusdem, que consagra las agravantes por razón de la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico.

En relación con el primer aspecto, asegura que el ataque tiene que ver con el factor objetivo que la norma establece para su procedencia, esto es, “que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos”, y con los argumentos expuestos por el Tribunal para negarla, en el sentido de que dicha exigencia no se cumplía porque para determinar la pena mínima, era imperioso tener en cuenta las circunstancias concurrentes, que integran el tipo objetivo de la conducta punible imputada.

Sostiene que el procesado fue condenado por el delito de hurto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 240 numeral 4° inciso segundo del Código Penal, que prevé pena de 4 a 10 años cuando el delito se comete con violencia sobre las personas; 241 numerales 6° y 10°, que ordena aumentar la pena de una sexta parte a la mitad; y 267.1, que dispone un aumento de una tercera parte a la mitad cuando la cuantía excede los 100 salarios mínimos legales mensuales.

Explica que si estas disposiciones son tomadas en su conjunto, la pena mínima sobrepasa obviamente el mínimo de 5 años, pero que el concepto de “conducta punible” no puede ser interpretado extensivamente, en el sentido de hacerlo comprensivo de los agravantes. Reproduce conceptos de conducta punible, tomados de la doctrina, para desembocar en la afirmación de que en el caso examinado la pena que debía tenerse en cuenta era la mínima prevista en la norma donde se describe la conducta típica (artículo 240 numeral 4°), es decir 4 años, y la establecida en la dosificación realizada por el legislador, para el caso 53 meses y 10 días, ninguna de las cuales supera el tope de cinco (5) años.

Respecto de la agravante por razón de la cuantía afirma que dentro del fin perseguido por los procesados no estaba proyectado apropiarse del vehículo automotor, sino solamente de la mercancía. Siendo ello así, solo pueden ser tenidos en cuenta los hornos microondas, cuyo valor quedó determinado en la sentencia en 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos (agosto de 2001), es decir en un monto inferior al exigido en la norma (100 salarios mínimos). Es por esto que los juzgadores debieron abstenerse de aplicar dicha agravante.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado para la Casación Penal (E) solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, pues considera que los cargos presentados contra ella carecen

de vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

1. Cargo primero: Sostiene que opuestamente a lo creído por la casacionista, el Juez, al evaluar los presupuestos requeridos para la concesión de la prisión domiciliaria, debe considerar la acción ejecutada por el procesado con todas las características que la acompañan, análisis que implica incluir no solo los elementos del tipo básico, sino los dispositivos amplificadores, y las circunstancias genéricas y específicas deducidas de la acusación, como ya lo precisó la Corte en decisión de 27 de mayo de 2004 (Rad.20642), con ponencia del Magistrado doctor Alfredo Gómez Quintero.

En el caso analizado, el procesado fue acusado por el delito de hurto calificado, cuyo límite inferior punitivo equivale a 4 años (48 meses), el cual debe ser aumentado en una sexta parte por concurrir las circunstancias 6ª y 10ª del artículo 241, esto es, ocho (8) meses, y también en una tercera parte por la cuantía del ilícito, es decir en 18 meses y 20 días más, para un total de 74 meses y 20 días (6 años, 2 meses y 20 días), guarismo que resulta muy superior al límite establecido en la norma.

2. Cargo segundo: Argumenta que aunque la censura se plantea dentro del ámbito de la causal primera, cuerpo primero, en el desarrollo del ataque la recurrente sostiene que los procesados nunca quisieron apropiarse del vehículo, cambiando de esta forma los hechos que sirvieron de fundamento para dictar la sentencia, y desconociendo el principio de técnica casacional que prohíbe el cuestionamiento del fundamento fáctico.

De cualquier forma, la casacionista carece de razón, porque el hurto fue cometido sobre el vehículo automotor, avaluado por su propietario en una suma que oscila entre 12 y 15 millones de pesos, y sobre 99 hornos microondas marca LG, referencia MB314 XF, avaluados en la suma de treinta millones de pesos, guarismos cuya sumatoria superan ampliamente el equivalente a 100 salarios mínimos, si se toma en cuenta que para el año 2001 el salario mínimo se hallaba fijado en \$286.000, según decreto 2579 de 2000.

Explica que la posterior recuperación del camión no altera ni varía los elementos del hecho punible, y tampoco disminuye el valor de los bienes que fueron sacados de la esfera de dominio, de suerte que la pretensión de la recurrente, consistente en que se descuente el precio del vehículo automotor al delito de hurto, para efectos de determinar la cuantía del ilícito, resulta equivocada, en tanto confunde dos fenómenos distintos, perfectamente diferenciables, la cuantía del ilícito y la indemnización.

SE CONSIDERA:

Cargo primero.

El tema relacionado con el alcance de la expresión “conducta punible” que trae el artículo 38 del Código Penal en su numeral primero, al fijar el condicionamiento objetivo para la procedencia de la prisión domiciliaria como substitutiva de la prisión intramuros o carcelaria, ha sido objeto de estudio por parte de la Sala en varias decisiones, entre ellas en casaciones de 11 de febrero de 2004 , con ponencia de la Magistrada Marina Pulido de Barón (rad.20945); de 15 de septiembre de 2004 y 13 de abril de 2005, con ponencia de quien hoy cumple igual labor (rad.19948 y 21734), y en sentencia de única instancia de 29 de junio de 2005, con ponencia del Magistrado Alvaro Orlando Pérez Pinzón (rad.19093), además de la citada por el Ministerio Público en su concepto.

Las conclusiones a las que llegó la Corte en estas decisiones, son en síntesis las siguientes: (1) que la sanción a tener en cuenta no es la aplicable al procesado en el caso concreto, sino la prevista de manera abstracta para la conducta punible en el tipo penal respectivo; (2) que por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian, y que modifican los extremos punitivos establecidos en la norma; y (3) que las circunstancias que sean tenidas en cuenta para incrementar la pena, deben haber sido imputadas en la

resolución de acusación.

En relación con las circunstancias y modalidades conductuales concurrentes, que alteran los extremos punitivos de la conducta, y deben por tanto ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta, han sido señalados, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y complicidad), las modalidades de comportamiento previstas en la parte general del código (como la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira e intenso dolor; el exceso en las causales de justificación), y las específicas de cada tipo penal en particular, que amplían o reducen su ámbito de punibilidad (como las previstas para el hurto en los artículos 241, 267 y 268 del Código Penal).

En cambio, quedan por fuera todos aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta punible, por no encontrarse vinculados con su ejecución, sino con actitudes postdelictuales del procesado, cuya concurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada, como por ejemplo la confesión, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la sentencia anticipada, o la retractación en el falso testimonio.

En síntesis, por conducta punible para efectos de lo dispuesto en el artículo 38 numeral 1° del Código Penal, ha de entenderse la conducta propiamente dicha, con las circunstancias modales, temporales o espaciales que la califican o privilegian, o que de alguna manera los especifican, cuya concurrencia tiene la virtualidad de incidir en el ámbito de movilidad punitivo previsto por el legislador, en cuanto determina la variación de sus extremos mínimo y máximo, como ocurre con los dispositivos amplificadores del tipo, la atenuante de la ira o intenso dolor, y demás hipótesis relacionadas a manera de ejemplo.

En el caso sometido a estudio se procede por un delito de hurto con violencia sobre las personas, el cual tiene adscrita como pena mínima cuatro (4) años de prisión. Como circunstancias específicas de agravación concurrentes se dedujeron las previstas en los numerales 6° y 10° del artículo 241, por haber recaído sobre vehículo automotor, y haber intervenido en el hecho más de dos personas; y la consagrada en el artículo 267 numeral 1° ejusdem, por ser la cuantía superior a 100 salarios mínimos legales mensuales.

Estas circunstancias, de acuerdo con lo que se dejó visto, deben ser tenidas en cuenta para la determinación de la pena mínima adscrita en abstracto por el ordenamiento jurídico para este tipo de comportamiento, por tratarse de modalidades que califican la conducta rectora, y de factores que por el solo hecho de concurrir modifican los extremos punitivos (mínimo y máximo) previstos en ella. Por tanto, se analizarán sus implicaciones en ámbito punitivo, para determinar si se cumple o no el presupuesto objetivo para la procedencia de la prisión domiciliaria.

En relación con la agravante prevista en el numeral 6° debe precisarse que fue derogada por el artículo 1° de la ley 813 de 2003, y por tanto, que no puede ser tenida en cuenta en razón del principio de favorabilidad. Sin embargo, como además de esta circunstancia se imputó la del numeral 10°, que igual autoriza un aumento de una sexta parte a la mitad, debe concluirse que la pena mínima para el delito, con esta agravante, sería de 56 meses de prisión (48 años + 1/6 parte).

Pero como además concurre la prevista en el artículo 267.1 por razón de la cuantía, el guarismo obtenido debe aumentarse en una tercera (18 meses y 20 días), sumatoria que arroja un total de 74 meses y 20 días, que equivalen a seis (6) años, dos (2) meses y veinte (20) días, tiempo que vendría a ser en abstracto la pena mínima para el delito por el cual se procede, y que supera, ampliamente, el establecido como tope para la procedencia de la prisión domiciliaria (5 años).

Se desestima la censura.

Cargo segundo:

Este ataque, desde el punto de vista técnico, adolece de inconsistencias insalvables que ab initio convocan a su desestimación. Su formulación, como se recuerda, se presenta dentro del ámbito de la causal primera, cuerpo primero, por aplicación indebida de la agravante prevista en el artículo 267 numeral 1° del Código Penal, por razón de la cuantía, planteamiento que presupone un debate en el campo estrictamente jurídico, con sujeción a los hechos declarados probados en los fallos, según lo enseñan elementales principios de técnica casacional.

Sin embargo, en su desarrollo, la libelista hace depender la inaplicación de la agravante de la inexistencia del delito de hurto sobre el automotor, a partir de la premisa de que la intención de los procesados no era apropiarse del vehículo, sino de la mercancía que transportaba, planteamiento con el cual trastoca por su base la censura, en cuanto la hace descansar sobre hechos distintos de los que sirvieron de soporte a la decisión de condena.

Si la casacionista consideraba que la decisión de los juzgadores en este punto era equivocada, y que el objeto material de la conducta contra el patrimonio económico solo comprendía los 99 hornos microondas, debió plantear el cargo por la vía de la violación indirecta, y demostrar que los juzgadores incurrieron en errores de hecho o de derecho en la valoración de la prueba, que los llevaron a concluir erradamente que en relación con el automotor se había también cometido el delito de hurto, labor que en manera alguna intenta, y que además podría resultar de discutible recibo, por cuanto implicaría en cierta forma introducir una retractación velada a los cargos que consciente y voluntariamente aceptó en la diligencia de formulación anticipada.

La recuperación del vehículo por parte de las autoridades, no altera, de otra parte, la

cuantía del ilícito. Este es un factor que puede tener incidencia en la determinación de los perjuicios causados, mas no en el de la concreción de la cuantía, la cual se fija por el valor de los bienes sobre los cuales recayó la conducta punible, independientemente de que todos o parte de ellos hayan sido devueltos por el sujeto agente o recuperados por las autoridades. Y en el caso analizado, es absolutamente claro que la conducta (apoderamiento) recayó sobre el camión y la mercancía que transportaba.

Ahora bien. El valor del camión oscila entre “12 y 15 millones de pesos”, según lo expresado por su propietario, y los hornos microondas en 31’670.100. Si son sumados estos guarismos, con inclusión del precio más bajo del camión, se obtiene un total de \$43’670.100, que resulta ser muy superior al de 100 salarios mínimos de la época (\$28’600.000), pues el salario mínimo mensual para el 2001 había sido establecido en \$286.000 (Decreto 2579 de 2000). Y si se suma el valor de la indemnización tasada por el Tribunal por razón de los hornos (60 salarios mínimos), y el del camión (\$12’000.000), también se obtiene un monto superior a 100 salarios mínimos. De suerte que, por cualquier lado que se le mire, el planteamiento de la casacionista carece de fundamento.

El cargo no prospera.

Aclaraciones finales.

1. Advierte la Corte que en los juzgadores de instancia, en el proceso de dosificación de la pena, concluyeron que la pena mínima legalmente establecida para el delito de hurto calificado, agravado por las circunstancias del 241 y del 267, era de 72 meses, y a partir de allí realizaron los aumentos y descuentos de ley. Esta conclusión es equivocada, porque, como se dejó visto, la pena mínima para dicha modalidad delictiva es de 74 meses y 20 días de prisión.

Esto haría pensar en una posible vulneración del principio de legalidad, por

desconocimiento de los límites punitivos legalmente establecidos en la ley, y en la necesidad de una casación oficiosa orientada a corregir el error con el fin de restaurar la vigencia del principio violado. Sin embargo, como la pena finalmente impuesta al procesado (80 meses), y sobre la cual se aplicó el descuento de la tercera parte por razón de la sentencia anticipada, se mantuvo dentro de los límites de la legalidad básica, debe concluirse que el referido principio no fue desconocido.

2. En la respuesta dada al primer cargo, se dejó consignado que la agravante prevista en el numeral 6° del artículo 241 del Código Penal (cuando el hecho se comete sobre vehículo automotor), fue derogada por la ley 813 de 2003, y debía por tanto excluirse. Esta decisión, que en principio podría implicar la eliminación del aumento de pena que le fue aplicado por dicho motivo, no tiene incidencia alguna en el caso analizado, porque el incremento realizado por las dos agravantes (las de los numerales 6° y 10°) fue el mínimo previsto por la norma, el que se mantiene por el solo hecho de concurrir una de ellas.

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

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia impugnada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

MARINA PULIDO DE BARON

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

ALFREDO GOMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

JORGE LUIS QUINTERO MILANES YESID RAMIREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria