

Proceso No 27166

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 105

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil ocho (2008)

D E C I S I Ó N

Procede la Sala a resolver de fondo el recurso de casación, interpuesto contra el fallo emitido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 10 de julio de 2006, que confirmó la sentencia adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Depuración de la misma ciudad, el 26 de agosto de 2005; en el proceso seguido contra CHUNG SHIA CHOU “SUSSY”, quien la condenó a la pena principal de 53 meses de prisión, por los punibles de falsedad material de particular en documento público, a título de autora del pasaporte colombiano y de cómplice por tráfico de migrantes y falsedad material de particular en documento público, respecto de los pasaportes portugueses.

H E C H O S

Fueron resumidos por las instancias de la siguiente manera:

“Obra en estas diligencias, que por diversidad de circunstancias, los ciudadanos de

nacionalidad China SHI LING, KE CHENG XIANG, RONG HUANG, JIANG XING y DE LONG XIA, optaron por abandonar su país con destino a Panamá, para cuyos efectos se contactaron con un señor que dijo llamarse WANG TO TO, quien les ofreció gestionar los trámites, pasajes y viajes necesarios por un valor total de ocho mil (U.S. \$8.000) a diez mil (U.S. \$10.000) dólares, por persona, con el compromiso de ubicarlos en su lugar de destino, luego de gestionar cada uno su pasaporte de nacionalidad China, WANG TO TO, en la ciudad de Beijing, sin mayor explicación les informa que la visa está autorizada no para Panamá sino para la República del Ecuador, al tiempo que les suministra a cuatro de ellos un Pasaporte de nacionalidad Portuguesa, emprenden estos su viaje, arribando a Guayaquil Ecuador el 8 de agosto de 2002, ZHENH XIANG y RONG HUANG, siendo alojados en una residencia a donde también arriban el 17 de septiembre del mismo año, SHI LING LING, KE CHENG, JIANG XING ZHOU y DE LONG XIA; pasados algunos días, guiados por un ciudadano para ellos desconocido, a través de la frontera ecuatoriana, en un viaje vía terrestre, ingresaron a Colombia de manera irregular, llegando al centro de la ciudad de Bogotá, siendo atendidos inicialmente en su restaurante por MICHAEL LUENG LO, ciudadano también de origen Chino, quien en seguida los aloja en su residencia ubicada en la Carrera 9 No. 21-41, apartamento 801, a la espera de emprender su marcha a Panamá, siendo aprehendidos en el curso de la diligencia de allanamiento el 9 de octubre de 2002, como resultado de una investigación adelantada por la Coordinación de Verificación Migratoria de la Subdirección de Asuntos Migratorios del DAS Bogotá, dirigida por la Fiscalía, tras la observación de irregularidades movimientos migratorios de ciudadanos de origen Chino en Buenaventura para la época del mes de abril y en Cúcuta para el mes de agosto hogaño, detectándose la operatividad e una RED DE TRAFICO DE MIGRANTES, en la que resultan comprometidos el prenombrado ciudadano MICHAEL LUENG LO, su esposa CHUNG SHIA "SUSSY" CHOU, su cuñada ZONG MEI "JESSICA" ZHOU, su cuñado ZONG LIN "GERMAN" ZHOU, JOSÉ EFAEL (sic) BAEZ RUIZ y PABLO ARROYO CHEN".

ACTUACIÓN PROCE SAL

1. El 8 de mayo de 2003, la Fiscalía 246 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, adscrita a la Unidad investigativa de delitos contra la libertad y otras garantías, dictó resolución de acusación contra CHUNG SHIA CHOU “Sussy”, ZONG MEI ZHOU “Jessica”, ZONG LIN ZHOU “Germán” y PABLO ARROYO CHEN, como coautores del concurso de conductas punibles de Tráfico de Migrantes, Falsedad Material en documento Público y Concierto para Delinquir. A MICHAEL LUENG LO, como probable responsable en calidad de autor del concurso de delitos de Falsedad Material en Documento Público y Concierto para Delinquir. Decisión que cobró ejecutoria el 20 de mayo de 2003.

2. El 26 de agosto de 2005, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Depuración de Bogotá, condenó a CHUNG SHIA CHOU “SUSSY”, a cincuenta y tres (53) meses de prisión, multa de 50 smmv, e inhabilitándola en el ejercicio de derechos y funciones publicas por el mismo período de la pena principal; como autora penalmente responsable del delito de falsedad material de particular en documento público y, en calidad de cómplice, por los delitos de tráfico de migrantes y falsedad material de particular en documento público: le concedió libertad condicional y la absolvió por el concierto para delinquir; entre otras decisiones.

3. El 10 de julio de 2006, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en virtud de la apelación sustentada por la defensa técnica de CHUNG SHIA CHOU y ZONG LIN ZHOU “Germán”, confirmó la sentencia proferida por el Juez.

4. Inconforme con esa determinación, la defensora de CHUNG SHIA CHOU, interpuso recurso extraordinario de casación, sustentándolo con la presentación de la respectiva demanda el 18 de octubre de 2006, la cual tuvo una calificación mixta el 20 de febrero de 2008, al haber rechazado la Corte la censura presentada por violación

al derecho de defensa y admitido el cargo por incongruencia entre la resolución de acusación y el fallo del Tribunal. En este orden, luego de recibirse el proceso proveniente de la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal Delegada, la Sala se pronuncia de fondo sobre las pretensiones expuestas en el libelo.

LA DEMANDA

Con base en la Ley 600 de 2000, artículo 207, numeral 2, la actora atacó el fallo expedido por el Tribunal de Bogotá, por inconsonancia entre la imputación y la sentencia de segundo nivel.

Sostuvo que el artículo 398 del Código de Procedimiento Penal, determina los requisitos formales de la resolución de acusación, “y en esa calificación jurídica provisional debe decirse de manera clara y concreta cuál o cuales son los delitos que generan la acusación porque es respecto de ellos que el acusado debe efectuar su defensa y no sobre otros”.

Para la libelista, no resultó ser tan clara la resolución de acusación del 8 de mayo del 2003, pues en su sentir contiene graves fallas, que la Sala puntualiza de la siguiente manera:

(i) En lo relativo al delito de falsedad en documentos, consideró el ente Fiscal que su prohijada no tenía ni los conocimientos ni la habilidad suficiente para tramitar el pasaporte de contenido falso; no obstante ello, la acusó como autora de tal ilícito.

(ii) Habida cuenta que no se varió la calificación jurídica en la etapa del juicio, era imposible adicionarle “otros delitos a la acusación”, como se determinó al imputarle también a título de cómplice el punible de falsedad material de

particular en documento público, de los pasaportes portugueses, como lo declararon los fallos de instancia.

(iii) Afirmó que la incongruencia se concretó, “respecto de los otros delitos de falsedad, vale decir, de los pasaportes portugueses”, porque a su mandante le imputaron cargos “en forma ambigua, tanto fáctica como jurídicamente”, en el entendido que la resolución de acusación lo fue únicamente por el delito de falsedad material de particular en documento público, en lo tocante al pasaporte que ella usó a nombre de LUZ MARINA AVELLANEDA NIETO; pero nunca se le acusó -insistió- en relación con los pasaportes portugueses; no apareciendo nada concreto por este cargo, en la citada providencia.

Termina aduciendo que a CHUNG SHIA CHOU, “NO SE LE ACUSO de haber falsificado NI de haber participado en la falsificación de los pasaportes portugueses. Y por estos hechos se le condenó, violando esa coherencia necesaria, esa relación lógica que debe existir entre la acusación y la condena”. Solicita, por tanto, se absuelva a su mandante del cargo no imputado, con la consecuente modificación del quantum punitivo impuesto. (Subrayado en el texto)

MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, después de realizar un resumen de los hechos, la actuación procesal y de la demanda de casación, conceptuó no casar la sentencia, por los siguientes motivos:

(i) A la demandante no le asiste razón en su ataque “puesto que la acusación fue clara al imputar a la procesada la falsedad de los 4 pasaportes portugueses..., además del colombiano...”; aclarando que a CHUN SHIA CHOU, se le imputaron los cargos de un concurso heterogéneo de hechos punibles, los cuales fueron precisados en los fallos; haciendo recaer la falsedad sobre los cuatro pasaportes: uno colombiano y tres

portugueses.

(ii) El Procurador citó algunos apartados tanto de la resolución de acusación como de los fallos de instancia, a fin de demostrar que en tales actos procesales, sí se imputó la falsedad de todos los pasaportes.

(iii) Tampoco acertó la demandante -sostiene la Delegada- en demostrar la ambigüedad de las motivaciones de las sentencias referidas al pasaporte colombiano, hecho que admitió y no cuestionó.

(iv) Concluyó “que no tiene razón la casacionista cuando reprocha que la acusación no incluyó dentro de la imputación por falsedad aquella que recayó en los 4 pasaportes, puesto que la referencia en ese sentido es clara y explícita”; concretando que tanto la imputación fáctica como jurídica condensadas en la resolución de acusación, respecto del punible contra la fe pública; por un lado, se consumó respecto de todos los pasaporte y, en lo atinente, al segundo presupuesto, entre acusación y fallo identificaron el delito en comento, imputado en concurso heterogéneo con otros punibles degradados a los procesados.

(v) El Tribunal al resolver el recurso de apelación impetrado por los defensores, en atención al tema demandado, informó que no había incongruencia, pues en la resolución “sí se imputó a la aludida ciudadana china el delito de falsedad material de particular en documento público que recayó en un pasaporte colombiano”; mas por el principio de limitación, no resolvió la incongruencia alegada en casación, por los documentos extranjeros, al no haber sido motivo de ataque en instancias; por tanto, pidió que el cargo no debía prosperar.

Solicitud del Procurador de Casación oficiosa.

La sustentó por incongruencia entre la resolución de acusación y el fallo en lo

atinente a las causales de mayor punibilidad, pues los juzgadores al individualizar la pena, la ubicaron en los cuartos medios, sin que la imputación hiciera mención a las mismas.

Afirmaron los falladores que por la imputación de las causales de mayor punibilidad previstas en el artículo 58 de la Ley 600 de 2000, la pena para todos los punibles, tenía que ubicarse en el segundo cuarto, como lo expuso la fiscalía en la acusación.

Ese actuar, es errado, según el Delegado, “porque en verdad no se observa que la acusación hubiera endilgado causales de mayor punibilidad... de hecho, llama la atención que de manera ambigua y genérica el juzgador no hubiera precisado cuáles eran en particular esas circunstancias de mayor punibilidad”.

Por tanto, el Juez al realizar la dosificación punitiva, pensó equivocadamente que la imputación contenía causales de mayor punibilidad y por tal situación comenzó la tarea de fijación de pena desde los cuartos medios, en contra de lo expuesto en el artículo 61, inciso 2 del Código sustantivo.

Siendo ello así, la Corte en variados pronunciamientos, enseña que no se logra la mera descripción de un hecho si no existe precisión respecto a su imputación. Es claro, entonces, que en la resolución de acusación, no se halló causal de mayor punibilidad, quizás la única que podría responder a algún agravante, es la contenida en el numeral 10 del citado artículo 58 del Código Penal, en el entendido que se habla de diversas personas que pudieron obraron en participación criminal; “pero ello no basta para entender imputada la causal puesto que no se advierte a los procesados que el haber actuado en cooperación con otros era un (sic) circunstancia de la cual habrían de defenderse en el juicio y que podría representarles un incremento punitivo”; por esa circunstancia, el sentenciador no logró concretar las causales de mayor punibilidad, violando, como se pudo establecer, “el principio de congruencia... y de allí al dosificar la pena más allá del primer cuarto”, lo llevó a la imposición de una pena de prisión

más alta, afectando el resultado punitivo y las consecuencias accesorias de la sanción. Por ello, solicitó, se reajuste la punibilidad para todos los procesados.

Si no fuere aceptada la anterior petición, sugiere que se le individualice, sin errores, la pena de prisión a CHUNG SHIA CHOU, “porque la rebaja punitiva por razón de la complicidad se efectúa al determinar el ámbito de movilidad punitiva y antes de determinar la extensión de los cuartos, por el contrario, el juzgado hizo el descuento punitivo como si se tratara de un fenómeno postdelictual (confesión, indemnización, sentencia anticipada)”.

Si la Corte no comparte los razonamientos esbozados sobre la incongruencia, la Procuraduría solicita se le redosifique la pena impuesta a la procesada CHUNG SHIA CHOU, en su exacta dimensión legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Advierte la Corte que, al ser admitida la demanda de casación, en lo atinente al cargo elevado por incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia del Tribunal, se superaron los defectos lógico argumentativos que exhibía, con el único propósito de analizar a fondo aquellas falencias que ameritan una reflexión jurídica atenta, por las posibles fallas a las garantías fundamentales que pudiese revelar lo actuado en instancias; sin que ello, irremediabilmente desencadene su declaratoria, máxime si se constata todo lo contrario, es decir, que no se presentó ninguna vulneración de entidad trascendente establecida por la ley y desarrollada por la jurisprudencia de esta Sala.

Con el objeto de dilucidar el problema jurídico planteado por la demandante, la Sala hará las siguientes precisiones:

1. La resolución de acusación¹ se formuló contra: (a) CHUNG SHIA CHOU “Sussy”, (b) ZONG MEI ZHOU “Jessica”, (c) ZONG LIN ZHOU “Germán”, (d)

PABLO ARROYO CHEN y (e) MICHAEL LUENG LO; a título coautores, del concurso de delitos de Tráfico de Migrantes, Falsedad Material en documento Público y Concierto para Delinquir, aclarando que al último de los citados no se le imputó el punible de Tráfico de Migrantes.

2. El artículo 188 de la Ley 599 de 2000, Modificado por la Ley 747 de 2002. Del tráfico de migrantes. “El que promueva, induzca, costraña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí o otra persona, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria”.

3. Artículo 287 de la Ley 599 de 2000. Falsedad material en documento público. “El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres (3) a (6) años.

4. Artículo 340 de la Ley 599 de 2000. Concierto para delinquir, modificado por la Ley 733 de 2002, artículo 8. “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años”2.

5. La resolución de acusación sustentó los cargos en variados apartados, en especial, cuando sostuvo: “Como puede apreciarse, el comportamiento de CHUNG SHIA “SUSSY” CHOU, ZONG MEI “YESSICA” ZHOU, ZONG LIN “GERMÁN”, ZHOU y PABLO ARROYO CHEN, se adecua típicamente en el código penal”, a los delitos referidos.

En el inmueble, anunció la Fiscalía, ubicado en la carrera 9ª No. 21-41, en donde residían los esposos MICHAEL LUENG LO y CHUNG SHIA CHOU, el 9 de octubre de 2002, en diligencia de allanamiento “se hallaron cuatro pasaportes de origen portugués FALSOS

(como lo informa el señor Embajador de Portugal... a nombre de KE CHENG SHI LING LING, JIANG XING ZHOU y LONG XIA, quienes en sus respectivas indagatorias confesaron que dichos documentos no habían sido por ellos tramitados”.

Sobre todo cuando allí se habló “del concurso heterogéneo de conductas punibles, por cuanto incurren además los mencionados ciudadanos junto con MICHAEL LUENG LO, en el delito de FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PUBLICO, del cual trata el Código Penal, artículo 287, pues como ya se advirtió, en la ejecución del hecho utilizaron documentos públicos como lo son los pasaportes de nacionalidad china y Portuguesa, los cuales fueron objeto de adulteración... en dichos pasaportes se registraron movimientos migratorios ficticios, utilizando sellos que a la postre fueron objeto de incautación, y como lo certificó el Embajador respectivo frente a la falsedad de los pasaportes portugueses”.

6. En ese orden de ideas, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Depuración de Bogotá, condenó a CHUNG SHIA CHOU “SUSSY”, a cincuenta y tres (53) meses de prisión, multa de 50 smlmv, inhabilitándola en el ejercicio de derechos y funciones publicas por el mismo período de la pena principal; como autora penalmente responsable del delito de falsedad material de particular en documento público y, en calidad de cómplice, por los delitos de tráfico de migrantes y falsedad material de particular en documento público: le concedió libertad condicional y la absolvió por el concierto para delinquir.

Sentenció, así mismo, a MICHAEL LUENG LO a la pena de 65 meses de prisión, por los punibles de concierto para delinquir y falsedad material de particular en documento público; a ZONG LIN ZHOU “GERMÁN” a la pena de 108 meses de prisión, por tráfico de migrantes, y falsedad material de particular en documento público y concierto para delinquir y demás accesorias.

Y absolvió a ZONG MEI ZHOU “JESSICA” y PABLO ARROYO CHEN, de los tres cargos que le fueron imputados.

6.1. El fallo de primera instancia, también se refirió al tema en estudio, cuando aseveró que “la falsedad pública que se le endilga a los procesados recae sobre los pasaportes de nacionalidad China y Portuguesa... pero frente a esta última situación, los ciudadanos extranjeros afirman no los conocían ni los tenían los documentos... otro es el pasaporte colombiano a nombre de LUZ MARINA AVELLANEDA NIETO... el que CHUNG SHIA “SUSSY” admite haberlo tramitado de manera personal ante el Ministerio de Relaciones Exteriores... y es lo que acontece, CHUNG SHIA tramitó el pasaporte utilizando una cédula de ciudadanía que no le pertenecía pues su real titular es la señora AVELLANEDA NIETO”.

7. ¿Qué manifestó al respecto el Tribunal? “no le asiste razón a la atacante cuando afirma que el delito de falsedad sobre el pasaporte colombiano, no le fue imputado a CHUNG SHIA “SUSY” CHOU en la resolución acusatoria, pues basta con efectuar una simple lectura el párrafo tercero (3º) de la resolución del 8 de mayo de 2003... así las cosas, deviene evidente que la fiscalía imputó fáctica y jurídicamente a CHUNG SHIA... el delito de falsedad material de particular en documento público por razón de la adulteración del mencionado pasaporte, contrario a lo sostenido por la recurrente en el escrito sustentatorio del recurso vertical, razón suficiente para despachar desfavorablemente su pretensión de anular la sentencia por la pregonada incongruencia con la resolución de acusación”.

3. Principio de congruencia (fáctica y jurídica) entre la resolución de acusación y el fallo del Tribunal: aplicaciones y conclusiones.

3.1. El proveído en el que se funda la acusación, trae consigo, una carga argumentativa mixta: por un lado, debe estar acreditada la ocurrencia del hecho (imputación fáctica) y,

por otro, es imprescindible una calificación jurídica provisional (imputación jurídica). Desde luego que tales exigencias no son por capricho de la jurisprudencia, sino por requerimientos legales (Artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000); cuyo desarrollo lo viene cultivando esta Sala, en el entendido que la resolución de acusación se traduce en uno de los cimientos o pilares estructurales en el que descansa todo el proceso penal, constituyéndose en el acto condición donde el Estado le garantiza -dentro de un tiempo determinado- a sus conciudadanos, cuál es el resultado de sus investigaciones, cuáles son los hechos ilícitos demostrados, de qué conductas punibles se le acusa y cuáles son los medios probatorios en los que fundamentó esa decisión; dividiendo el esquema procesal colombiano entre investigación o instrucción y juicio o causa, bajo cuya dirección estuvo el Fiscal, un Delegado o la Corte cuando actúa con atribuciones de Juez de única instancia, para reconocerle a los funcionarios aforados todas las garantías en pro de un derecho penal de acto.

En consecuencia, la determinación fáctica y jurídica impone identificar en forma clara y precisa los hechos relevantes y el injusto típico en el que se sustenta la acusación junto con los criterios y reglas para la determinación de la pena como las circunstancias de menor y mayor punibilidad -si hay lugar a ellas- que lo modifican; constituyéndose tal marco conceptual, en garantía frente a los fallos de instancia. Es por tanto, un límite normativo, con el fin de evitar desmanes en la administración de justicia, constatar que la imputación se convierte en ley para las partes y, a su turno, sirve de termómetro defensivo.

3.1. Respecto al caso en reflexión, la Sala viene demostrando que la demandante equivocó su juicio, porque tanto la imputación fáctica como la jurídica, sí la elevó el ente fiscal; de ella se sirvieron los juzgadores para imponer las penas atrás determinadas. En otras palabras: no se extracta del plexo probatorio, ni del análisis que de él hicieron las instancias, menos aún de las normas que se aplicaron al caso, que el principio de congruencia hubiera sufrido menoscabo alguno, en lo tocante a la motivación plasmada en el libelo, signado a favor de CHUNG SHIA CHOU.

Se le endilgó cargos a CHUNG SHIA CHOU, por falsedades tanto del pasaporte colombiano –conducta ilícita aceptada por ella- como de los Portugueses; inclusive, se habló de otros pasaportes Chinos, los cuales, no tuvieron mayor relevancia para los falladores, entendiendo que fácticamente se les imputó, también, tal hecho. Olvidó por completo la demandante, por otra parte, que la imputación se elevó por un concurso de conductas punibles a título de autora y cómplice y, desde luego, se identificó como heterogéneo; demostrándose con ello, la variedad de reatos, en donde se hizo énfasis en el específico punto de los pasaportes portugueses, motivo concreto de la demanda.

Por ende, sí se individualizaron los hechos con el fin de adecuarlos a las normas y, por dicha vía epistemológica, se conformó la mixtura legal obligatoria fáctico-jurídica que soporta la acusación y, que de contera, limita la actuación de los juzgadores; precisamente, porque a partir de ahí no se le puede adicionar o sumar ningún otro tipo penal o agravante que cambie de cualquier forma la estructura de la imputación. Desde luego, que no habrá inconsistencia entre acusación y fallo, cuando los juzgadores, concluyen –por ejemplo- que un determinado delito debe ser a título de cómplice en cambio de autor, o que ya no es por dolo sino por culpa, en los delitos que la admiten, o que no aplica una agravante genérica o especial, o que uno de los punibles imputados no se consumó sino que operó la tentativa o quizás absolverlos: circunstancias jurídicas favorables que no se pueden valorar como inconsonancia, precisamente, por ser en beneficio de los procesados.

En consecuencia, la censura no prospera.

Casación oficiosa.

El Ministerio Público solicitó casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, por incongruencia entre la acusación y el fallo último, en atención a las agravantes genéricas previstas en el artículo 58, inciso 10 del Código Penal; pues los juzgadores al individualizar

la pena, la ubicaron en los cuartos medios, sin que se hubiese elevado imputación alguna de las mismas. Beneficio que debe extenderse a todos los condenados.

En su segunda propuesta, la Delegada indicó que de no ser acogida la inconsonancia se le redosifique la pena a CHUNG SHIA CHOU, porque la complicidad le fue aplicada al final de la tasación de la pena, cuando ello se hace es al inicio de tal operación dosimétrica.

La Sala casará de oficio el fallo impugnado por los siguientes argumentos jurídicos:

I. Precisiones fáctico-jurídicas:

1. La Fiscalía 246 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, dictó resolución de acusación contra CHUNG SHIA CHOU “Sussy”, ZONG MEI ZHOU “Jessica”, ZONG LIN ZHOU “Germán” y PABLO ARROYO CHEN, como coautores del concurso de conductas punibles de Tráfico de Migrantes, Falsedad Material en documento Público y Concierto para Delinquir. Y, respecto de MICHAEL LUENG LO, como probable responsable en calidad de autor del concurso de delitos de Falsedad Material en Documento Público y Concierto para Delinquir.

2. El Juzgado de conocimiento al cuantificar la pena correspondiente a CHUNG SHIA CHOU “Sussy”, ZONG LIN ZHOU “Germán”, y MICHAEL LUENG LO, determinó los límites punitivos para el delito de tráfico de migrantes en (72 a 96 meses; 6 a 8 años), por el concierto para delinquir (36 a 72 meses; 3 a 6 años) y respecto a la falsedad material en documento público (36 a 72 meses; 3 a 6 años); partió de la conducta más grave, atendiendo el contenido del artículo 31 del Código Penal.

3. Indicó la Juez además que “la Fiscalía involucró natural y jurídicamente, agravantes del orden general, contenidos en el artículo 58 ley 599 de 2000, que dan cuenta jurídica de ellos, de suerte que con ocasión del tráfico de migrantes concierto

para delinquir, y falsedad material en documento público, la pena privativa de la libertad supera el primer cuarto del espectro sancionatorio fijado por la ley, bajo el método de la norma 61 del nuevo Código Penal, o sea que se ubicará, entre 78 y 90 meses la que corresponde al tráfico de migrantes, entre 45 y 63 meses los que atañen con el concierto para delinquir, y 45 y 63 meses para el delito de falsedad documental pública” (Subrayado fuera de texto)

4. Fijó el quantum punitivo, dentro de los extremos aducidos, transcribiendo la norma que comprende los factores específicos de cada delito, su mayor o menor gravedad, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la naturaleza de las agravantes o atenuantes si las hubiere, la necesidad de pena y la función que la misma debe cumplir; por tanto, a cada uno de los procesados le asignó la siguiente pena:

4.1. A CHUNG SHIA CHOU, le aplicó 79 meses por el delito de tráfico de migrantes y 27 meses por las falsedades, para un total de 106 meses de prisión; pero como tales conductas, excepto la referida al pasaporte colombiano, fueron imputadas a título de cómplice, la pena se le redujo a la mitad, esto es, 53 meses de prisión.

4.2. A MICHAEL LUENG LO: por el concierto 45 meses y la falsedad 20 meses, para un total de 65 meses de prisión.

4.3. A ZONG LIN ZHOU: por el tráfico de migrantes 79 meses y por los restantes 28 meses, para un total de 107 meses de prisión.

4.4. ZONG MEI ZHOU y PABLO ARROYO, fueron absueltos por los tres delitos imputados.

5. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, con base en la apelación sustentada por la defensora de CHUNG SHIA CHOU y ZONG LIN ZHOU, confirmó en todas sus partes, la sentencia proferida por la Juez.

6. El artículo 58 de la Ley 599 de 2000, disciplina las circunstancias de mayor punibilidad, “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”, las que en sus 16 numerales, ninguna fue imputada en la resolución de acusación contra los sentenciados. No existiendo coherencia sustancial en cuanto a la punibilidad aplicada a los procesados, pues ni fáctica y menos aún jurídicamente se les degradó. Siendo ello así, en esas condiciones, jamás podían los juzgadores haberlas impuesto.

7. Desde luego, existe desarmonía punitiva entre la resolución de acusación y los fallos de instancia, respecto a las circunstancias genéricas de mayor punibilidad, lo que motiva a la Sala a ajustar de oficio y parcialmente la pena, a fin de dejar incólume su legalidad, en el entendido que se omitirá de las decisiones judiciales, el incremento aludido, por no tener sustentó fáctico-jurídico.

II. Determinación de las penas:

Como metodología la Sala realizará el ejercicio de individualización de las penas aplicadas a cada uno de los sentenciados, a fin de demostrar los yerros en que incurrieron los juzgadores cuando las dosificaron, pues con tal actuar, violentaron el principio de legalidad de la pena, por el evidente y ostensible caos punitivo que crearon, las desventajas entre unos y otros por la disparidad de criterios al fijar las sanciones correspondientes y los absurdos y contradictorios argumentos que identifican el fallo de primer grado; el que de paso, fue confirmado por el Tribunal, sin que tales desatinos le generaran el más mínimo reparo.

1. A CHUNG SHIA CHOU “Sussy”: le elevaron cargos por concierto para delinquir, tráfico de migrantes y Falsedad Material en documento Público, en calidad de coautora. ¿Cómo fallo el Juez? (i) la absolvió por el concierto para delinquir, (ii) la condenó, a título de cómplice por el tráfico de migrantes y por las falsedades materiales en documentos públicos de los tres pasaportes Portugueses, (iii) la

condenó, así mismo, como autora respecto de la falsedad material en documento Público por el pasaporte colombiano.

Es de anotar que a SHIA CHOU por haber entendido la Juez que la Fiscalía le había imputado el agravante genérica prevista en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal, tomó como base el delito de tráfico de migrantes, por ser de mayor entidad y ubicó la pena en el segundo cuarto, el cual determinó en 78 a 90 meses, imponiéndole 79 meses por el punible referido; así mismo, le adicionó por las falsedades 27 meses, para un total de 106 meses, los que redujo a la mitad por el grado de participación en complicidad, resultando finalmente 53 meses, como pena de prisión final impuesta.

El proceso de individualización de la sanción penal comporta diversos matices y debe realizarse consultando pormenorizadamente la ley y la jurisprudencia³. Es por ello que la Sala considera pertinente confeccionar todo el ejercicio dosimétrico para restablecer los derechos y garantías fundamentales cercenadas por las instancias, concretando en qué momento se presentaron los yerros y definiendo qué pena le correspondería a CHUNG SHIA CHOU, en derecho y en acatamiento al principio de legalidad de la pena.

Verificadas las sanciones correspondientes a las conductas punibles por las que fue condenada CHUNG SHIA CHOU, se advierte que el delito de mayor entidad es el de tráfico de migrantes, cuya pena oscila entre 6 a 8 años, es decir, de 72 a 96 meses. Estos guarismos se examinan para determinar los extremos respecto a la participación por complicidad consagrada en el artículo 30 del Código Penal en armonía con el 60, inciso 5º de la misma normatividad, es decir, la mitad del límite punitivo mínimo (72) y la sexta parte al máximo (96), resultando los guarismos de 36 a 80 meses.

Luego, se pasa a la precisión de los cuartos, para lo cual se debe fijar el ámbito de movilidad que surge de la siguiente operación aritmética: $80 (-) 36$ para un total de 44 meses, los que deben ser equitativamente asignados en cada cuarto (11 meses):

Mínimo cuarto

Segundo cuarto

Tercer cuarto

Máximo cuarto

Meses: 36 a 47

47, 1 día a 58

58, 1 día a 69

69, 1 día a 80

Ahora bien, como el A quo dedujo una circunstancia genérica de agravación identificada en el artículo 58 Penal (circunstancias de mayor punibilidad) inciso 10 (Obrar en coparticipación criminal) del Código Penal, que no fue imputada en la resolución de acusación y sólo concurren circunstancias de atenuación, es claro que no debió fijar la pena en los cuartos medios sino en el primero: 36 a 47 meses.

Por tanto, estaba obligado a partir de 36 y no de 78 meses como lo hizo, pero como le agregó un mes a esa cifra, el resultado dosimétrico para el delito de tráfico de migrantes lo fijó al final en 79 meses; luego entonces, se hace necesario respetar la graduación cualitativa del daño que hizo; o sea, el mes adicional que al margen de los 78 meses, equivale en su justa proporción a 0.46 meses, es decir, 13.67 días, los que, a su

turno, se adicionan a 36 meses para un total de 36.46 meses o 36 meses 13 días.

Como por los punibles concursantes, falsedades imputadas a título de coautoría y complicidad, el A quo impuso el monto de 27 meses de prisión, es necesario establecer la proporción respectiva, teniendo en cuenta que la pena fijada para el delito base, disminuyó; arrojando como sanción, por este concepto, la cantidad de 12.46 meses, o sea, 12 meses, 13 días.

En síntesis, se advierte que el a quo sumó la circunstancia de mayor punibilidad y por ello erró al establecer el cuarto dentro del cual debía fijar la pena, dejando de deducir el grado de participación criminal al establecer el delito base, no le agregó adecuadamente los guarismos punitivos por los concursos e inexplicablemente terminó por reducir la mitad de la pena al final de la operación dosimétrica, por la participación en complicidad, cuando como se dijo, ello debe hacerse al inicio de la ecuación punitiva.

Por ende, la pena que finalmente le corresponde descontar a la procesada, equivale a 36.46 meses por el delito de tráfico de migrantes y 12.46 meses por los punibles contra la fe pública que concursan con el primero, para un total de 48.92 meses de prisión (48 meses y 27 días).

Los juzgadores atribuyeron a CHUNG SHIA CHOU la pena de 53 meses de prisión; guarismo errado atendiendo la dosificación punitiva realizada por la Sala en páginas anteriores. En consecuencia, se impone casar oficiosa y parcialmente el fallo recurrido, conforme a las siguientes

Conclusiones:

1. En la imputación, en su doble connotación fáctica y jurídica, no se le formuló la circunstancia de mayor punibilidad, consagrada en el artículo 58, numeral 10 del Código

Penal; por tanto, la Sala en la dosificación punitiva la excluye, respetando las ecuaciones realizadas por la Juez y convalidadas por el Tribunal, con todos los errores detectados.

2. Los yerros en los que incurrieron los juzgadores fueron: (i) haberle adicionado una circunstancia genérica de mayor punibilidad, (ii) no modular adecuadamente la pena en atención a los concursos de conductas punibles, (iii) desconocer de manera ostensible el método para dosificar la participación en complicidad de los diversos injustos típicos, (iv) haber olvidado realizar la cuantificación por las falsedades imputadas a título de coautoría y complicidad, y (v) aunque la Juez estimó que la procesada debía responder a título de cómplice por el punible de tráfico de migrantes, al individualizar la pena, la tasó como si fuera coautora.

Ahora, frente a la pena de multa, que para CHUNG SHIA CHOU se fijó en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es necesario efectuar el mismo procedimiento dosimétrico practicado referente a la pena de prisión.

Para el efecto, corresponde establecer cuál es el delito base, según el monto de la cuantía en cada uno de los punibles concursantes.

Como CHUNG SHIA CHOU fue condenada por los delitos de tráfico de migrantes y falsedad material de particular en documento público y, absuelta por el de concierto para delinquir, una vez revisadas las cuantías de cada tipo penal, es posible concluir que la única pena a imponer por este concepto, es la relativa a la primera de las infracciones mencionadas, toda vez que la segunda, no tiene prevista pena principal de multa.

Sin embargo, observa la Sala que la cuantía fijada por el A quo excedió la que legalmente le corresponde. Esto, porque olvidó deducirle el grado de complicidad al acto sancionado. En efecto, debió aplicar los artículos 30 y 60.5 del Estatuto Penal para definir los límites de la multa (25 a 83.33) y proceder a tasar el monto definitivo aplicable al caso.

Habida consideración que la Juez impuso como límite inferior de la multa por el delito de tráfico de migrantes: 50 smlmv, compete a la Sala determinar como sanción pecuniaria, la cantidad de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. No recurrentes:

2.1 MICHAEL LUENG LO, fue condenado por concierto para delinquir a 45 meses y por falsedad material de particular en documento público a 20, para un total de 65 meses de prisión.

El concierto para delinquir tiene una punibilidad de 36 a 72 meses; éste le fue imputado a título de coautor y a diferencia de lo ocurrido con CHUNG SHIA CHOU no fue modificado el grado de participación. Los cuartos, con base en el procedimiento atrás indicado son:

Mínimo cuarto

Segundo cuarto

Tercer cuarto

Máximo cuarto

Meses: 36 a 45

45, 1 día a 54

54, 1 día a 63

63, 1 día a 72

Al verificar el ejercicio de dosimetría elaborado por el A quo, es posible determinar

dos hipótesis de trabajo posibles, teniendo en cuenta que tasó una pena de 45 meses de prisión.

En sentido estricto, acogiendo los límites trazados inmediatamente atrás, se podría concluir que la Juez impuso el máximo del límite ubicado en el primer cuarto (es decir 45 meses) sin justificar de alguna manera tal operación⁴, cuando para los coparticipes inició en el límite mínimo del segundo cuarto. Esto implicaría un trato desigual entre ellos, por lo que la Sala se inclina a pensar que quizás lo que el juzgador intentó hacer fue ubicarse en el segundo cuarto -que concretamente empieza en 45 meses 1 día- imponiendo el mínimo (45 meses), teniendo en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad por la coparticipación criminal, no deducida en la acusación.

En este orden, y considerando que no podía deducir la circunstancia de mayor punibilidad debió ubicarse en el primer cuarto y de allí imponer el límite mínimo es decir, 36 meses, pues en el segundo cuarto también lo había hecho al fijar la pena en 45 meses.

Ahora bien, el A quo impuso como pena por los delitos concursantes -falsedad material de particular en documento público- 20 meses, luego es indispensable establecer la cantidad que proporcionalmente corresponde al haber bajado el monto de pena por el delito base, el cual equivale a 16 meses.

Por manera que la pena base debe ser de 36 meses, que sumada al concurso por las falsedades, de 16 meses, da como resultado final 52 meses de prisión, en cambio de los 65 que le fueron impuestos.

Finalmente, aunque de la revisión de los fallos es dable constatar que no se impuso pena de multa para este procesado, lo cierto del caso es que el juzgador nuevamente violó el principio de legalidad porque al haber sido condenado por los delitos de concierto para delinquir y falsedad material de particular en documento público, era obligatorio

deducirle la pena de multa que por el primer delito se encuentra fijada entre 2000 y 20.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sanción que no impondrá la Sala en procura de garantizar la prohibición de reforma en perjuicio.

2.2. ZONG LIN ZHOU “Germán”, fue sentenciado por los tres punibles estudiados, a la pena de 108 meses de prisión. Como delito base escogió el tráfico de migrantes a título de coautoría, cuyos extremos punitivos son

Mínimo cuarto

Segundo cuarto

Tercer cuarto

Máximo cuarto

Meses: 72 a 78

78, 1 día a 84

84, 1 día a 90

90, 1 día a 96

Toda vez que, dedujo la agravante consagrada en el artículo 58, numeral 10 del Código Penal, escogió el segundo cuarto y le impuso 79 meses, cuando lo correcto era tasar la pena dentro del primer cuarto. En ese orden, la Sala debe fijarla dentro de este cuarto respetando el mes que el juzgador agregó al mínimo, pero de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Tal monto es equivalente a 0.91 meses (27.34 días), que sumados al extremo mínimo (72 meses) es igual a 72.91 meses (72 meses y 27 días).

Ahora, es del caso proceder a determinar la proporción por el resto de los delitos concursantes -concierto para delinquir y falsedad material de particular en documento público-, teniendo en cuenta que el A quo impuso por esta parte, 28 meses.

Efectuado el ejercicio proporcional, tal cantidad es equivalente a 25.84 meses, esto es, 25 meses, 25 días.

Así las cosas, la pena queda definitivamente establecida en 98.75 meses de prisión (98 meses y 22 días), resultado de sumar 72.91, más 25.84 meses.

Es de anotar, además, que en la parte considerativa la Juez manifestó que lo condenaría a 1075 meses y en la resolutive lo hizo por 108 meses, como un nuevo yerro que se le suma a los ya descritos con anterioridad.

Por último, tal como se indicó atrás, respecto de la pena de multa, la Sala revisará la legalidad de la cuantía impuesta a este procesado, para lo cual debe volver a establecer el delito base entre las conductas por las que resultó condenado (tráfico de migrantes, concierto para delinquir y falsedad material de particular en documento público), dependiendo de la cuantía que resulte más alta.

Entre los punibles descritos, el de falsedad, no tiene fijada pena de multa, luego el concurso se establece entre las otras conductas punibles, que como sanción pecuniaria para el delito de tráfico de migrantes está determinada entre 50 y 100 smlmv y para el de concierto para delinquir entre 2000 y 20.000.

Como es obvio, el ilícito base, es el de concierto para delinquir, por lo que el A quo estaba obligado a tasar la cuantía entre los extremos citados y a imponer otro tanto por el concurso heterogéneo con el de tráfico de migrantes. No obstante, impuso la sanción de 50 smlmv y con ello, volvió a cercenar el postulado de la legalidad de la pena.

Siendo ello así, en esta ocasión tampoco se puede restablecer el aludido principio, toda vez que prima el postulado de no reformatio in pejus.

Con las modificaciones plasmadas a favor de CHUNG SHIA CHOU, MICHAEL LUENG LO y ZONG LIN ZHOU, en acatamiento del artículo 52 del Código Penal, en lo referente a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ellas serán por el mismo lapso que las penas principales, respectivamente.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Casar oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado de fecha 26 de agosto de 2005, en consecuencia, se le impone a CHUNG SHIA CHOU, la pena de 48 meses y 27 días de prisión, a ZONG LIN ZHOU, la pena 98 meses y 22 días de prisión y a MICHAEL LUENG LO la pena de 52 meses de prisión, tal y como quedó plasmado en la parte final del presente proveído.

Segundo: Imponer a CHUNG SHIA CHOU la pena de multa de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Decretar que los demás puntos jurídicos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes, en virtud de lo argumentado en párrafos precedentes.

Cuarto: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Quinto: Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folio 177, cuaderno original 4.

2 Como no se adecuan fáctico-jurídicamente, los incisos respectivos de los artículos 287 y 340 del Código Penal, se omite su transcripción.

3 Corte Suprema de Justicia: radicados 17.308 del 18 de diciembre de 2003; 20.642 del 27 de mayo de 2004; 24.026 del 20 de octubre de 2005.

4 La Sala ha sido consistente en establecer que es necesario fundamentar la individualización de la pena. Sobre el particular véase, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de mayo de 2004. Radicado 20642.

5 Ver cuaderno original número 7, páginas 230 y 234.