

Proceso n.º 32670

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 57

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil diez (2010).

D E C I S I Ó N

Con el fin de verificar si reúne los presupuestos que condicionan su admisión, examina la Sala la demanda de casación presentada por la defensora de JHONATTAN NARIÑO, contra el fallo proferido el 12 de junio de 2009, por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, quien modificó¹ la sentencia expedida el 3 de febrero anterior por el Juzgado Penal de Conocimiento de Fusagasugá, donde se condenó al inculcado en calidad de autor del delito de hurto calificado, a la pena principal de 48 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso.

H E C H O S

A eso de las 7:00 p. m. del 26 de marzo de 2008 en el polideportivo del Barrio Comuneros de la población de Fusagasugá (Cundinamarca), JHONATTAN NARIÑO, alias “Gocú”, hurtó a Carlos Eduardo Ardila Ortiz una cadena de plata con sus dijes avaluados en \$ 50.000 pesos, después de que le pidiera \$ 100 a cambio de no hacerlo y

lo intimidara con un arma cortopunzante que ubicó en su cuello.

Seguidamente, el ofensor se dio a la fuga, pero fue perseguido sigilosamente por la víctima hasta que arribó la policía, le dio captura y encontró el objeto hurtado en su poder.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 25 de noviembre de 2008, ante el Juzgado de Control de Garantías de Silvania, se realizó audiencia concentrada contra JHONATTAN NARIÑO, en donde el funcionario judicial (i) legalizó la captura, (ii) la imputación por el delito de “hurto calificado y agravado”, y (iii) le impuso medida de aseguramiento no restrictiva de la libertad.

2. El 23 de diciembre siguiente, la Fiscalía Tercera Local de Fusagasugá, presentó escrito de acusación por el punible de hurto calificado y la audiencia de formulación respectiva se celebró el 26 de enero de 2009 ante el Juez Penal Municipal de Conocimiento de Fusagasugá.

3. El 16 de febrero del último año citado, se surtió la audiencia preparatoria y el juicio oral se llevó a cabo el 20 de marzo siguiente, oportunidad en la que una vez practicadas las pruebas y escuchados los alegatos de las partes, el juzgador anunció que el fallo sería condenatorio.

4. La sentencia fue dictada el 2 de abril anterior, atribuyéndole al procesado la pena principal de 24 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. También le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

5. Interpuesto el recurso de apelación por la Fiscalía, mediante proveído del pasado 12 de

junio, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca modificó el fallo en el sentido de imponer la sanción principal de 48 meses de prisión.

6. La defensa técnica, inconforme con la citada decisión, la impugnó en casación a favor del procesado JHONATTAN NARIÑO; libelo que hoy califica la Sala.

LA DEMANDA

Una vez la profesional del derecho, identificó al penado y realizó una síntesis de los hechos, la actuación procesal y las sentencias de primer y segundo grado, formuló un único cargo con fundamento en la causal primera de casación, para lo cual invocó la “violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea y falta de aplicación”.

La abogada acusa al Tribunal de inaplicar “la diminuyente” consagrada en el inciso 2º del artículo 239 del Código Penal, que “por vía de analogía in bonam parte” regula el caso, según lo autorizan los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 6º del Código Penal.

Al efecto, precisa que las “consecuencias” de la “diminuyente punitiva” son aplicables “a la descripción del hurto calificado previsto por el art. 240 de la Ley 599 de 2000, es decir, la reducción a la mitad de la pena en el mínimo y a la tercera parte en el máximo cuando la cuantía de lo hurtado sea inferior a 10 SMLMV yerro derivado de la interpretación errónea que hace de tales normas, esto es del artículo 239 y 240 de la Ley 599 de 2000 al considerar no aplicable la disminución prevista para el delito de hurto en cuantía inferior a los 10 salarios mínimos legales vigentes, tal como en general el legislador lo previó para los delitos contra el patrimonio y en algunos contra la administración pública”.

De ésta manera, afirma que con ocasión de la errada interpretación de las mencionadas normas, ellas fueron aplicadas indebidamente porque el Ad quem desatendió la

viabilidad de dosificar la pena por “vía de analogía” con las “reducciones” establecidas para el delito base cuando la cuantía es inferior a 10 smlmv.

En desarrollo del cargo, luego de referirse en extenso a los postulados de favorabilidad, igualdad, analogía y legalidad, para lo cual se apoyó en jurisprudencia de las Altas Cortes nacionales, elaboró una disertación acerca de la política criminal implementada por el legislador colombiano en los últimos tiempos, particularmente en las leyes 906 y 890 de 2004, 975 de 2005, 1142 y 1153 de 2007, para concluir con el juez de primera instancia que deben aplicarse los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la tasación de las penas.

Concluye que “resulta desproporcional la aplicación literal del art. 240 del código penal (sic) ante el hurto de un elemento cuyo valor fuera determinado en la suma de cincuenta mil pesos m. cte (sic) y ante la aplicación de una pena cercana a la primera de las impuestas en los procesos de justicia y paz por delitos de gran connotación”.

El error denunciado es trascendente porque implica una “excesiva e injusta privación de la libertad” del procesado, por cuanto se pasó de imponerle una pena de 24 a 48 meses de prisión.

En consecuencia, solicita casar la sentencia impugnada y “revocarla” para condenarlo conforme a la sanción tasada por el A quo.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa.

La Corte viene señalando, que con la entrada en vigencia del sistema procesal penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, se amplió el radio de acción para acceder al recurso extraordinario de casación, pues en la actualidad la impugnación es

susceptible contra decisiones de segunda instancia dictadas por los diversos Tribunales de Distrito Judicial ubicados en el territorio nacional, atacando los fallos de condena o absolución, sin tener en cuenta como presupuesto para su admisibilidad el quantum mínimo de pena descrito en cada injusto típico, como lo imponían las legislaciones anteriores.

En esencia, para ser admitida la demanda, el jurista debe tener interés, formular y desarrollar los ataques contra la sentencia de segundo nivel y, desde luego, acreditar la afectación de derechos y garantías fundamentales. Siendo imprescindible, además, materializar el contenido del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que una de las obligaciones al confeccionarla es demostrar la necesidad de intervención de la Corte para el logro de cualquiera de los fines establecidos por el instituto. Siendo ello así, el Principio de Intervención debe ser el norte del profesional del derecho, pues integra cuatro aspectos teleológicos que se traducen en el espíritu de la censura: (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías de los intervinientes, (iii) la reparación de los agravios inferidos a las partes y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

Estos propósitos se deben conjugar, en armonía, coherencia total y avenencia con los progresos jurisprudenciales cristalizados en punto de los supuestos requeridos para atacar y demostrar los posibles yerros conculcados por los funcionarios judiciales, sin ser permitido desligar, apartar o separar el trípode casacional: fines, causales y debida sustentación; excepto cuando la Sala advierta, que por vigencia de derechos y garantías fundamentales constitucionales, obviamente quebrantados, deba casar de oficio la decisión del Tribunal, desde luego, con base en motivos diversos a los expuestos en la demanda.

El anterior criterio se consolida al entender que la Corte de Casación Penal, jamás ha predicado la inexistencia, ausencia o falta de los requisitos formales para decidir de fondo el

caso o el éxito de la demanda en el nuevo esquema procesal penal acusatorio; todo lo contrario, el recurso extraordinario, no perdió su entidad de juicio lógico-argumentativo, pues el libelo deberá cumplir pautas que impidan concebirlo como tercera instancia, donde los reparos compilen presupuestos racionales de no contradicción, claridad y precisión. Tampoco le corresponde, en consecuencia, interpretar las alegaciones de los recurrentes², rehacer, modificar, readecuar o transformar los ataques.

La Sala, por tanto, viene sosteniendo que para admitir o seleccionar una demanda con el objeto de decidir de fondo el problema jurídico planteado, ella deberá sujetarse al cumplimiento de los presupuestos formales consagrados en el artículo 184, ordinal 2° de la Ley 906 de 2004, para demostrar la evidente vulneración a los derechos fundamentales constitucionales en cabeza de los intervinientes en la actuación penal; siendo ello así, se deben tener siempre presente los principios de taxatividad, claridad, autonomía, razón suficiente, no contradicción, limitación, objetividad, comprensión, precisión y trascendencia, entre otros, para –de la mano con ellos– desplegar una argumentación puntual y razonable, habida consideración de compendiar en el ataque, aquellos errores de juicio o de actividad en los que pudieron haber incurrido los falladores, a fin de evidenciar, por ejemplo, la efectiva e indiscutible normatividad jurídica que debió regir el asunto, la adecuada y legal valoración de los medios probatorios o desentrañar manifiestos desfases constitucionales contra el debido proceso.

También ha indicado la jurisprudencia, en múltiples oportunidades que (i) la correcta selección de la causal, (ii) el interés del actor, (iii) la coherencia de los cargos aducidos, (iv) la puntual fundamentación fáctica y jurídica, (v) el cumplimiento de al menos uno de los fines del instituto; marcan la pauta para declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad del fallo en atención al artículo 184, 3 de la Ley 906 de 2004.

2. Único cargo.

Violación directa de la ley sustancial por “aplicación indebida e interpretación errónea”.

Son múltiples los defectos lógico argumentativos contenidos en la demanda que hacen inviable su admisión.

El primero de ellos, es apreciable desde la misma enunciación del cargo, cuando con ruptura del principio de autonomía confunde en un mismo reparo todos los motivos de violación directa de la ley sustancial, pues al tiempo que postula la interpretación errónea de los artículos 239 y 240 del Código Penal cuestiona al Tribunal por inaplicar el inciso 2º de la primera de las normas mencionadas, lo cual supone disenter simultáneamente con el Ad quem por dejar de aplicar ese precepto y emplearlo utilizando un entendimiento que legalmente no le corresponde, orientación argumentativa a todas luces, excluyente y contradictoria.

El segundo desquicio, el recurrente afirma que como consecuencia de la errónea interpretación de las anotadas disposiciones se produjo su aplicación indebida, premisa que además de transgredir el postulado de no contradicción en tanto el cargo lo formuló en una de sus variantes por falta de aplicación, confirma el manifiesto desconocimiento de los presupuestos lógico argumentativos requeridos en sede extraordinaria, los cuales como se explicó atrás exigen un mínimo ejercicio de razonamiento jurídico e impide la elaboración de un escrito de libre factura.

En efecto, olvida el recurrente que cuando se postula la violación directa de la ley sustancial se trata, además de no discutir la situación fáctica ni la valoración probatoria declarada en la sentencia de segunda instancia, es necesario determinar con exactitud el tipo de error que lo estructura, esto es, si el juzgador incurrió en i) falta de aplicación o exclusión evidente porque al escoger la norma que regula el caso concreto la ignora o

desconoce, ii) aplicación indebida, por seleccionar una disposición que no se ajusta a la situación fáctica o iii) interpretación errónea, cuando a pesar de hallarse correctamente el precepto que corresponde al suceso en cuestión, lo aplica otorgándole un sentido jurídico ajeno al que le atribuye la ley.

En éste punto, resulta oportuno destacar que entre las dos primeras especies de error directo y el último, existe una diferencia que resulta trascendente en punto de la ubicación del tipo de yerro a postular. Ciertamente, tanto en la violación directa por falta de aplicación como en la aplicación indebida el yerro censurado al funcionario es de selección de la norma, mientras que en la interpretación errónea el defecto es hermenéutico, por cuanto el precepto se elige en forma correcta pero se le otorga una proyección jurídica distinta.

En todo caso, cualquiera que sea el defecto planteado debe ser trascendente para variar el sentido de la decisión impugnada. De lo contrario, la doble presunción de acierto y legalidad que viene atada a los fallos se mantendrá incólume.

Así las cosas, en la tarea de identificar el tipo de yerro que conjura contra la sentencia demandada, no es posible como lo propone la demandante, confundir los motivos de disenso que suponen una equivocada selección de la norma -exclusión evidente y aplicación indebida- con el fundado en el errado entendimiento de la disposición -interpretación errónea-.

En el caso concreto, no resulta racional ni lógico el reparo según el cual, el Juez Colegiado erró al inaplicar el inciso 2º del artículo 239 de la Ley 599 de 2000 y a la vez, se equivocó por interpretarlo erróneamente, pues éste segundo ataque implica admitir que el canon sí fue tenido en cuenta, conclusión que evidentemente descarta la primera de las tesis enfiladas; es sin lugar a dudas, una propuesta absurda, en el entendido que se excluyen las premisas, como lo observó la Sala en párrafos precedentes.

Inclusive, como es obvio, tampoco es viable intentar la proposición de un error por falta de aplicación de una norma y al tiempo por indebida aplicación del mismo precepto, pues un reparo en tal sentido, se repele. Con ésta lógica, no es posible argumentar de forma yuxtapuesta la exclusión por el Tribunal de los artículos 239 y 240 del Estatuto Penal y su aplicación indebida, porque una cosa no puede ser y no ser concurrentemente, vulnerándose el postulado de la lógica denominado de identidad.

Ahora bien, sin ser entendida como una respuesta de fondo sino en virtud del ejercicio pedagógico que viene realizando la Sala como una más de sus funciones, al respecto, es pertinente destacar que de la confrontación entre la demanda y los fallos atacados -inescindibles porque el sentido de la decisión no es excluyente- sin dificultad alguna, es posible establecer que ninguna razón le asiste al recurrente en la formulación del cargo, pues tanto la selección de las normas aplicables al caso: artículos 240 y 268 de la Ley 599 de 2000, como el alcance interpretativo brindado a los mismos por el Ad quem, amén de la inaplicación del inciso 2º del artículo 239 ibídem, son las correctas, en tanto respetan con rigor el principio de legalidad, en un estado social y democrático de derecho como lo garantiza el Estado Colombiano, en las leyes y en el desarrollo de ellas por parte de la jurisprudencia de esta Sala de casación.

Lo dicho sería suficiente, para negar cualquier posibilidad de admisión a la demanda; no obstante, con efectos estrictamente didácticos, se impone hacer algunas precisiones de la mano del Tribunal de instancia, en punto de la dosificación punitiva para el delito de hurto calificado cuando la cuantía de lo apropiado no supera un salario mínimo legal mensual vigente.

Desde la apelación y en sede de casación, la defensa técnica del enjuiciado viene insistiendo en alcanzar para su prohiado el reconocimiento de la “diminuyente” prevista en el inciso 2º del artículo 239 de la Ley 599 de 2000, que le había sido concedida por el juez de primera instancia, bajo una interpretación que no consulta el principio de

legalidad y se apoya en el postulado hermenéutico de la analogía previsto en el artículo 6º del Código Penal.

En verdad, aduce la abogada, con fundamento en el criterio del A quo, que el inciso 2º del artículo 239 de la Ley 599 de 2000, es la norma aplicable al caso en estudio, toda vez que si bien regula una rebaja de pena para el delito de hurto simple cuando la cuantía es inferior a 10 smlmv, éste descuento punitivo también debe operar para el hurto calificado, en tanto por analogía resulta más benigno para el procesado.

Evidentemente una interpretación como la propuesta por la defensora y el juez de primera instancia –pese al loable intento de perseguir la eventual irracionalidad del legislador en su política criminal- deviene contraria al principio de legalidad, axioma fundante del núcleo esencial del derecho constitucional al proceso debido y a las cláusulas de reserva legal y taxatividad, los cuales no pueden ser desatendidos por el juzgador sin romper el postulado de la división tripartita del poder.

Aunque la autonomía jurisdiccional goza de protección superior, es claro que ella no puede enarbolarse como fin medio para declarar derechos no previstos por las cámaras legislativas y de esta manera, abrogarse la tarea de colegislar, así sea bajo las consignas de justicia y equidad, pues esa no es la función asignada por la ley a los funcionarios que administran justicia.

La defensora pública citó al funcionario de primera instancia para que se le redimiera a su prohijado la pena con base en el principio de proporcionalidad; y juntos atacaron la Ley 975 de 2005; entre algunas afirmaciones transcritas al Juez por la demandante, se encuentra la siguiente: “(...) en nuestro parecer, oprobioso para seres humanos caídos en desgracia por cometer hurtos, y para una sociedad que se precie de justa, sería imponerle a aquellos penas altísimas, incluso que puedan ser superiores a la que corresponde para el homicidio simple y, tristemente, elevadísimas frente a las que se le

impondría a criminales paramilitares autores de múltiples masacres”.

Un gran número de ciudadanos colombianos –individual y colectivamente– demandaron la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, entre otros aspectos, el referido a la alternatividad penal que se conecta en forma directa con el axioma de proporcionalidad de las penas, atacado por la profesional del derecho que amparada en el criterio expuesto por el Juez de instancia, alegó:

“Es entonces acertado el juzgador de primera instancia cuando dentro de su argumentación señala las falencias que en política criminal ha tenido el legislador al punto de romperse toda proporcionalidad, si se compara la pena que para el hurto calificado en razón de la violencia y por aplicación de la ley 1142 de 2007 se tiene, respecto de la pena alternativa prevista en la ley 975 de 2005 para delitos de mayor connotación vinculados con graves violaciones de derechos humanos, lo que genera un fuerte debate frente al principio de igualdad ante la ley y la proporcionalidad y razonabilidad en su aplicación al dosificar penas (...)

Resulta en consecuencia determinado el error en que incurre la Honorable Sala del Tribunal de Cundinamarca al advertir que no tiene cabida la aplicación del principio de analogía in bonam parte para interpretar las eventualidades del art. 240 de la ley 599 de 2000 cuando la cuantía de lo hurtado sea inferior a 10 salarios mínimos legales. Basta revisar como lo hizo el juez de instancia la descripción concreta que el legislador hizo de otros delitos contra el patrimonio y la administración pública donde tasa la pena de manera diferencial en este tipo de conductas, sumado a la incoherencia de la política criminal del estado ya planteada sobre este punto, para admitir la validez del juicio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena realizado por el juez de primera instancia”.

El Juez no puede modificar o transformar a su arbitrio las leyes colombianas, tampoco

le es permitido -toda vez que sus funciones tienen límites- extractar apartes de los diversos tipos penales -por ejemplo, diminuentes- para agruparlas en un solo texto en disfavor o beneficio de los procesados, como en el caso en estudio, pues cada tipo penal regula situaciones jurídicamente relevantes y diversas.

La Sala debe advertir que la facultad discrecional de los funcionarios que administran justicia punitiva, jamás puede sobrepasar o exceder los límites legales que el mismo derecho le impone, en armonía con el artículo 230 de la Constitución Nacional, en donde los servidores públicos que ejerzan esta clase de actividades siempre estarán sometidos al imperio de la Ley, más no variar la normatividad dominante para bajo la égida de su autonomía, pretender variar los contenidos normativos, como lo entiende el funcionario que profirió la sentencia de primera instancia.

Cuestionar la Ley de Justicia y Paz -en sentido de lo que es justo o puede no serlo- es desbordar límites de política criminal no atribuidos al Juez Penal. No le es permitido a la defensora pública ni mucho menos al funcionario judicial de conocimiento, pretender desconocer -para aplicar rebajas de pena conforme a su sentido especial de equidad y ecuanimidad- las políticas criminales que establece el Estado, muy a pesar de sus particulares convicciones, su deber es administrar justicia con la normatividad imperante y no realizar mixturas o creaciones normativas ilegales so pretexto de alcanzar una proporcionalidad penal.

Véase como en la sentencia C-370 de 2006 (Expediente D-6.032) la Corte Constitucional sobre el particular sostuvo lo siguiente:

“En esencia, la alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años... Advierte la

Corte, a partir de la caracterización del instituto que la ley denominada (sic) alternatividad, que se trata en realidad de un beneficio que incorpora una rebaja punitiva significativa, al cual pueden acceder los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que se sometan a un proceso de reincorporación a la vida civil, y que hayan sido autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos. La concesión del beneficio está condicionada al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la ley... Observa la Corte que en principio un beneficio que involucra una rebaja punitiva, constituye una de las múltiples alternativas a las que puede acudir el legislador para alcanzar el bien constitucional de la paz... Tal beneficio jurídico, así concebido, no encubre un indulto, como erróneamente lo entienden los demandantes, pues no significa perdón de la pena... Esta configuración de la denominada pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz resulta acorde con la Constitución en cuanto, tal como se deriva de los artículos 3° y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor de justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado, y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena”³.

Ahora bien: sobre la relevancia del principio de legalidad y de las cláusulas de reserva legal y taxatividad en materia penal, la Corte Constitucional en sentencia

C-820/05 citó algunos fallos de control abstracto de constitucionalidad, que ahora se transcriben en extenso por ser pertinente para precisar su alcance:

“Así esta Corte en Sentencia C-739 de 2000, expuso respecto del alcance del principio de legalidad y de sus derivados como lo son los principios de reserva legal y tipicidad, que el Constituyente de 1991 consagró dicho principio como

““nullum crimen, nulla poena sine lege”, (...) tradicionalmente reconocido y aceptado

como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal⁴, la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquélla previamente definida en la ley. Dicho principio encuentra expresión en varios componentes, que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales se definen de la siguiente manera: “...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”⁵

(...)

“Al abordar el análisis del principio de legalidad y de sus derivados los principios de reserva legal y de tipicidad en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en el derecho penal, esta Corporación se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o “preexistente”.

(...)

“El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les

permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sean privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma, toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas". (Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)

En la Sentencia C-200 de 20026, la Corte reitera los anteriores planteamientos en torno al entendimiento que en el ordenamiento jurídico debe darse al artículo 29 de la Constitución⁷, al hacer hincapié en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena, obsérvese:

"Así ha dicho esta Corporación lo siguiente: "13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué "motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas"⁸. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)⁹. 14- Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo. 15- Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función

garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale” sino que además la norma sancionadora “ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.”¹⁰

16- La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad¹¹, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal”¹²

De igual manera, en la Sentencia C-101 de 2004¹³, la Corte tuvo oportunidad de explicar el respeto estricto y la razón de ser del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena, en los siguientes términos:

“13. La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. Cierta, por cuanto debe definirse con certeza el ámbito de las prohibiciones, procesos y sanciones de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia. Es decir, con seguridad deben conocer qué comportamientos no están permitidos, a qué reglas procesales se somete la persona a la que se le impute una conducta prohibida y cuáles son las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella. Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley.

El estricto respeto del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena, tiene varias razones de ser. Por una parte, constituye una manifestación del principio de separación de los poderes públicos: A los Estados de derecho les repugna la idea de que quien tiene el poder de reglamentar la ley o de ejecutarla, tenga también la facultad de promulgarla y esto es así desde el surgimiento de la modernidad política. Por otra parte, la determinación legal del delito, el proceso y la pena por parte de la instancia legislativa, asegura que las decisiones que se tomen respecto de esos ámbitos, tan ligados a los derechos fundamentales de la persona, sean tomadas luego de un intenso proceso deliberativo en el que se escuchan todas las fuerzas políticas con asiento en el parlamento. Así, al ciudadano se le otorga la garantía de que las leyes que regulan su existencia han sido expedidas con el concurso de sus representantes. Finalmente, el estricto respeto del principio de legalidad en esas materias es también una garantía de seguridad jurídica: Se desvanece el peligro de que las prohibiciones, los procesos y

aún las penas, por no estar específicamente determinados, sean urdidos sobre la marcha y, en consecuencia, acomodados a las urgencias coyunturales que asalten a sus reglamentadores o ejecutores. De allí que esta Corporación haya indicado que “En desarrollo del principio de legalidad del proceso, todos los elementos de éste deben estar íntegra y sistemáticamente incorporados en la ley, de manera que no pueden, ni las partes, ni el juez, pretender que el mismo discurra por cauce distinto al previsto en la ley” (Sentencia C-829-01)”. (Subrayas fuera del texto original).

Siendo ello así, en el proceso de aplicación de la ley penal, el juzgador no tiene camino distinto sino respetar en estricto sentido, la norma que regula el delito que se le imputa al enjuiciado.

La analogía, tal como el inciso 3º del artículo 6º de la Ley 599 de 2000 lo informa, sólo es aplicable en “materias permisivas” cuando no exista norma que regule expresamente el caso concreto.

En el asunto sometido a examen, contrario a lo sostenido por la profesional del derecho y el juzgador A quo, las disposiciones aplicables al caso son el inciso 2º del artículo 240 de la Ley 599 de 2000, con la modificación introducida por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007 que contiene la descripción normativa para el delito de hurto calificado por ejercer violencia sobre las personas, y el artículo 268 ibídem que consagra como circunstancia de atenuación punitiva para los delitos previstos en el título VII de los “Delitos contra el patrimonio económico”, una disminución de una tercera parte a la mitad de la pena, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual.

Nótese que existe norma expresa que regula el monto de pena imponible para el delito de hurto calificado por la violencia cuando la cuantía de lo sustraído es inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, asunto fáctica y sustancialmente diferente al hurto

simple cuando dicha cuantía no es superior a 10 smlmv.

En cambio, tanto el A quo como la defensora pública pretenden la aplicación de una norma propia del punible de hurto simple cuando la cuantía no supera los 10 salarios mínimos legales mensuales, so pretexto de que la rebaja de pena autorizada por el inciso 2º del artículo 239 de la Ley 599 de 2000 es proporcionalmente por vía de analogía más benigna para el procesado frente al monto de pena previsto para el hurto calificado por la violencia -8 a 16 años-, la cual en este asunto resultaría excesiva si se tiene en cuenta que lo hurtado apenas asciende a \$50.000.

De ésta forma, irracional y desatinadamente procede a efectuar un doble descuento punitivo no autorizado por la ley: i) la proporción de reducción frente a la cantidad de pena para el delito base -hurto simple- equivalente a la mitad en el mínimo y la tercera parte en el máximo¹⁴, cuando la cuantía es inferior a 10 smlmv, por lo que fija los extremos punitivos en 48 y 64 meses y ii) la legalmente establecida en el artículo 268 para los casos donde la cuantía no excede un salario mínimo, de tal suerte que tasó los límites de la infracción entre 24 y 53 meses y 10 días de prisión, para fijar definitivamente la pena en 24 meses.

Con tal proceder, concedió al procesado una rebaja de pena no prevista en la ley que por lo tanto, transgrede con suficiencia el principio de legalidad; es inadmisibles un comportamiento judicial de este talante y de contera le crea esperanzas a las partes donde no las tienen.

Nada más desafortunado e ilógico que procurar la aplicación de una norma que regula el delito de hurto simple a un asunto distinto, esto es, a un hurto calificado por la violencia, el cual como bien lo reconoce el mismo fallador de primer grado supone la descripción y sanción de una infracción penal de mayor relevancia para el ordenamiento social y con mayor connotación en términos de afectación para el bien jurídico protegido.

Ahora, si bien como lo afirma el juez de instancia con apoyo en la doctrina, es cierto que la cuantía no es un elemento normativo del tipo sino una “circunstancia incidente en la pena”, lo cierto es que tanto la cantidad de la misma como del descuento punitivo correspondiente, son fijados por el legislador para cada tipo penal de manera distinta de acuerdo con su facultad de configuración legislativa, en cuya tarea operan presupuestos de política criminal en los que el funcionario jurisdiccional no debe inmiscuirse -modificando a su arbitrio las consecuencias punitivas-, so pena de incurrir en una clara e incoherente extralimitación de sus funciones.

Es así como el procedimiento dosimétrico realizado por el juzgador plural resulta acertado y profundamente respetuoso del principio de legalidad.

Por último, con el fin de aclararle tanto al Juez de conocimiento como a la defensora pública aquí demandante, las diferencias jurídicas abismales entre la Ley de Justicia y Paz y el sistema de derecho penal ordinario, esta Sala se pronunció el 9 de febrero de 2009, en el radicado 30.955, de la siguiente manera:

“Como se ve, las situaciones previstas en una y otra reglamentación son diferentes por lo que no debe entenderse que la Ley 975 incorpora un proceso de partes, sino que describe los lineamientos generales de un proceso concebido al interior de una justicia de transición y por lo tanto con diferencias sustanciales con los cometidos del proceso penal ordinario.

Que la legislación penal ordinaria tiene unos destinatarios distintos a los de la normatividad que busca la reconciliación y la conquista de la paz, es evidente: mientras que aquélla está dirigida a los ciudadanos del común que eventualmente pudieran ser, en el futuro, responsables de una conducta delictiva, la normatividad transicional está dirigida a personas que hacen parte de grupos organizados al margen de la ley, que se dedicaron en el pasado a sembrar el terror y a quienes el Estado busca ahora atraer a la

institucionalidad.

También en términos de expectativas podemos decir que el marco de la regulación ordinaria es distinto al de la legislación que persigue la consolidación de la paz: mientras que el proceso penal ordinario asegura garantías al justiciable, el previsto en la Ley 975 de 2005 le ofrece a los desmovilizados sometidos voluntariamente a ella, significativas ventajas punitivas, que de otra manera serían imposibles de alcanzar.

Además, en lo referente a los derechos de que son titulares cada uno de los dos procesados en los distintos ordenamientos, también encontramos particularidades propias de la especialidad de cada ley: mientras que el de la justicia ordinaria tiene derecho a exigir que se le investigue dentro de un plazo razonable, amparado entre otros, por el derecho a la no autoincriminación, el desmovilizado somete su poder al del Estado (entregándole sus armas y cesando todo accionar violento), y renunciando a la garantía constitucional contenida en el artículo 33 superior, confiesa voluntariamente sus crímenes, ofrece toda la información suficiente para que se constate su confesión, y espera a cambio de dicha actitud las ventajosas consecuencias punitivas que consagra la ley a cuyo favor se acoge.

Por eso la actitud en uno y otro caso también es diferente: mientras que el procesado por la justicia y con la legislación ordinaria está enfrentado con el Estado, en términos de combativa exigencia, producto del ejercicio pleno de sus garantías procesales, el justiciable desmovilizado se encuentra sometido, doblegado voluntariamente ante el Estado en busca de la indulgencia ofrecida por la alternatividad penal prevista en la Ley.

También la pena, en uno y otro caso tiene objetivos diferentes: mientras que en la legislación ordinaria el anuncio general de la pena tiene una función preventiva, frente a

la legislación de Justicia y Paz el anuncio de una pena tan benigna busca efectos seductores, si se quiere, de invitación a la reconciliación sin mayor retribución, a la otra oportunidad, al ejercicio de la alternativa por una vida alejada de la violencia, a la restauración de las heridas causadas con su accionar delincencial, a la transición hacia una paz sostenible, posibilitando la desmovilización armada y la reinserción a la vida civil de los integrantes de aquellos grupos violentos.

Y lo más importante, el protagonista en uno y otro escenario procesal es también diferente: mientras que la modernidad construyó el proceso penal para rodear de garantías y derechos al procesado, la legislación de Justicia y Paz colocó como eje central de su accionar a la víctima, para quien hay que reconstruir la verdad de todo lo acontecido, de lo que hasta ahora solo ha percibido el dolor de la muerte, el desplazamiento, la violencia sexual y la desesperanza producida por la soledad en la que la abandonó el Estado; en cuya reivindicación hay que aplicar justicia como aporte a su duelo; y para quien hay que garantizar la reparación con todos sus componentes.

En ese orden, estudiado el ataque, se ha de inadmitir el cargo.

La Sala advierte y lo repite ahora: no es un alegato deshilvanado y fuera de contexto jurídico con el que se pretenda derrumbar la legalidad de un proceso. Se requiere un mínimo esfuerzo lógico argumentativo a tono con la ley y la jurisprudencia, en donde paso a paso se vaya derrumbando la credibilidad otorgada por los falladores a las pruebas, si se selecciona la vía indirecta; o quizás la directa, cuando el recurrente exponga con una temática jurídica contundente que las instancias desbordaron la aplicación o interpretación del derecho en relación con los hechos y pruebas aceptadas, entre otras alternativas.

Así las cosas y como quiera que el recurso extraordinario de casación está regido, entre otros, por el principio de limitación, las deficiencias de la demanda jamás podrán ser remediadas por la Corte, pues no le corresponde asumir la tarea cuestionable propia del

recurrente, para complementarla, adicionarla o corregirla, máxime cuando es antiquísimo el criterio de la Sala, de ser un juicio lógico-argumentativo regulado por el legislador y desarrollado por la jurisprudencia, con el propósito de evitar convertirla en una tercera instancia.

Por otra parte, no se advierte que con ocasión a la sentencia impugnada o dentro de la actuación hubiese existido violación de derechos o garantías del sentenciado, como para superar los defectos y decidir de fondo, según lo impone la preceptiva del inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

4. Mecanismo de insistencia:

Teniendo en cuenta que contra la decisión de inadmitir o no selección de la demanda procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite no fue regulado, pero para tornarlo operativo, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación¹⁵, como pasa a indicarse:

1. La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por medio de la cual la Sala decide inadmitir o no seleccionar la demanda de casación, con el objeto de reconsiderar lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente, en el mismo término, por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal, salvo que el Procurador Judicial Delegado ante el Tribunal Superior fuese el demandante. El mecanismo, entonces, opera para el Procurador Judicial, el Magistrado disidente o el que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

2. Es potestativo del Magistrado –en los casos indicados- o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia optar por someter el asunto a consideración

de la Sala o no presentarlo para su revisión. En este último evento informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

3. El auto a través del cual se inadmite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

4. También viene precisando la Corte¹⁶ que la audiencia de sustentación prevista en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, no se dispondrá su celebración, por cuanto su procedencia está circunscrita a los casos de admisión de la demanda.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

R E S U E L V E

Primero: Inadmitir la demanda de casación presentada a nombre de JHONATTAN NARIÑO, por las razones aducidas en la parte motiva del presente proveído.

Segundo: Contra la no selección procede el mecanismo de insistencia de conformidad con el inciso 2° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, en los términos detallados en el acápite final de esta determinación.

Tercero: Cópiese, comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA

PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBAÑEZ

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 El funcionario de instancia lo había sentenciado a la pena de 24 meses de prisión.

2 Corte Suprema de Justicia: radicado: 25.565 del 8 de junio de 2006.

3 Motivo por el cual declaró exequibles los artículos 3º, 19 (parcial), 20, 24 y 29 (parcial), entre otras normas demandadas.

4 “El repudio de la analogía jurídica en materia penal es justicia racional” Cossio Carlos, citado en “Tratado de Derecho Penal”, Luis Jiménez de Asúa, Edit. Losada Buenos Aires,

1950.

5 Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal", Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

6 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

7 Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

8 Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3. Ver igualmente, entre otras, las sentencias C-127 de 1993. C-2465 de 1993 y C-344 de 1996.

9 Ver igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15-1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9, aprobados por nuestro país mediante las leyes 74 de 1968 y 16/72, respectivamente.

10 Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3

11 Al respecto, ver por todos, Luigi Ferrajoli. Razón y derecho. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, párrafos 6.3., 9 y 28.

12 Sentencia C-559/99.

13 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

14 El artículo 239 prevé la pena de prisión de 32 a 108 meses, sanción que se reduce de 16 a 36 meses cuando la cuantía no exceda 10 s.m.l.m.v..

15 Corte Suprema de Justicia. Radicado: 24.322 diciembre 12 de 2005.

16 Corte Suprema de Justicia: radicado 28.059 de agosto 23 de 2007.