

Proceso n.º 35116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 78

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil once (2011)

VISTOS

La Sala se pronuncia sobre la viabilidad de las demandas sustento del recurso de casación instaurado por los apoderados de LUIS ENRIQUE GARCIA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACIAS MAYA, GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI, CARLOS ALBERTO CARDOZO OLIVEROS y HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA contra el fallo del 30 de junio de 2010 proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia emitida el 23 de febrero del mismo año por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, que los condenó a prisión de ciento diecisiete (117) meses cada uno, multa de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales como coautores de los delitos de hurto calificado agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas agravado, violencia contra servidor público, receptación, uso de documento falso y concierto para delinquir.

HECHOS Y ANTECEDENTES

En la sentencia de segunda instancia, fueron resumidos de la siguiente manera:

“El día 19 de octubre de 2009 se presentaron al inmueble ubicado en la carrera 71 D No. 50-24 de esta ciudad, varias personas vistiendo chaquetas y gorras de la policía judicial -SIJIN Y DIJIN- y otros uniformados de chalecos reflectivos, manifestando a los moradores de la vivienda que realizarían un allanamiento, logran el ingreso y una vez allí proceden a despojar a sus ocupantes de dinero en efectivo y objetos personales.

Al tener conocimiento las autoridades de los hechos que se desarrollaban en la dirección anotada, se inició la persecución respectiva, pero los agentes del orden fueron repelidos con disparos de armas de fuego, finalmente, se logró la captura de ocho personas, entre ellas, los procesados LUIS ENRIQUE GARCÍA OSORIO, HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA, CARLOS ALBERTO CARDOZO OLIVEROS, GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI y MARLON ANDRÉS MACÍAS MAYA

A los retenidos les fueron incautadas siete armas de fuego, una sub-ametralladora MINIUZI con su proveedor y once cartuchos 9mm, tres armas de fuego tipo pistolas, una pistola marca BROWING, un revólver y cuatro vehículos, así como un radio marca Motorola MTS 200, cinco chaquetas y gorras color verde con logotipo de la policía nacional SIJIN y DIJIN, un chaleco antibalas y un tanque pequeño de acetileno con sus accesorios

Igualmente se recuperaron algunos elementos hurtos, a saber: diecinueve relojes de diferentes marcas, ocho juegos de gafas, tres computadores portátiles con sus accesorios, una CPU marca HP, cinco pulseras para dama, un pasaporte, dos celulares, bolsos y otros elementos que hacían parte de lo hurtado”¹.

El 18 de noviembre de 2009, la Fiscalía 19 Especializada y los imputados LUIS ENRIQUE GARCÍA OSORIO, HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA, CARLOS ALBERTO CARDOZO

OLIVEROS, GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI y MARLON ANDRÉS MACÍAS MAYA, preacordaron una rebaja de la pena a imponer equivalente al 43% al aceptar los cargos endilgados en la audiencia de formulación de la imputación.

El 23 de febrero de 2010, el Juez Sexto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad aprobó el preacuerdo y dictó sentencia.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como la Corte advierte que en las demandas a nombre de LUIS ENRIQUE GARCÍA OSORIO y MARLON ANDRÉS MACÍAS MAYA y de GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI y CARLOS ALBERTO CARDOZO OLIVEROS se proponen los mismos cargos y las mismas son idénticas en su contenido, las resumirá conjuntamente.

En cada una de ellas, se proponen dos cargos.

Cargo Primero. Violación directa de la norma sustancial por aplicación errónea del artículo 31 del Código Penal.

Según los impugnantes, el error del Tribunal consiste en que después de establecer cuál era la pena más grave, esto es los 96 meses señalados para el hurto calificado agravado, procedió a sumar la pena de cada uno de los demás delitos, sin tener en cuenta que la norma dispone un aumento hasta en otro tanto.

En su entendimiento, una vez fijados los 96 meses por el delito contra el patrimonio económico ha debido tener en cuenta el delito concurrente más grave, fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos, tomar los 30 meses determinados en la sentencia y agregar otros 10 por los delitos restantes, para un total de cuarenta meses por las conductas concursables y no los 108 meses señalados finalmente.

De esa manera, dicen, se habría desbordado la limitante del artículo 31 del Código Penal y la pena emergería ilegal.

CONSIDERACIONES

Demandas a nombre de LUIS ENRIQUE GARCÍA OSORIO y MARLON ANDRÉS MACÍAS MAYA y de GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI y CARLOS ALBERTO CARDOZO OLIVEROS.

El cargo primero de las demandas no reúne los presupuestos que permitan disponer su selección, porque falta a los requisitos formales y materiales previstos en los artículos 183 y 184 inciso 2º de la ley 906 de 2004, como quiera que no lo desarrolla ni tampoco señalan las finalidades perseguidas con la interposición del recurso de casación. Además el último de los demandantes, CARDOZO OLIVEROS, carece de interés para acudir a la casación.

La Sala tiene dicho que del hecho que la casación proceda como control constitucional y legal contra las sentencias de segunda instancia, no se deriva que los requisitos propios de la impugnación extraordinaria hayan desaparecido y que la demanda mediante la cual se interponga el recurso no requiera la enunciación de la clase de violación de la ley sustancial, la causal y ningún requisito en la proposición y fundamentación del cargo formulado.

Por el contrario, la casación no ha perdido su entidad de juicio lógico jurídico, lo cual obliga al recurrente a observar las reglas que la diferencian de los alegatos de las instancias ordinarias, mediante la proposición de cargos claros y precisos en los que los errores sean formulados objetiva, coherentemente y sin contradicciones, bajo el entendido que la interpretación de las alegaciones hechas en la demanda², la modificación y

la readecuación de los reparos, son extrañas a la impugnación extraordinaria.

Se tiene dicho que para acudir a la casación es necesario que el recurrente haya apelado la decisión de primera instancia, en el entendido que si guardó silencio consintió lo decidido en ella, y si lo que legitima el derecho a la impugnación es la reparación de agravio o perjuicio causado con la decisión, carece de interés para recurrir.

En consecuencia, no puede pretender luego hacer uso de una oportunidad a la cual renunció y que voluntariamente dejó precluir, a menos que la decisión dejada de impugnar fuese consultable, la situación jurídica del no apelante haya sido desmejorada por el superior o que la impugnación extraordinaria se refiera a nulidades, al amparo de las garantías de los intervinientes o arbitrariamente se haya obstaculizado el ejercicio del derecho de postulación.

En este caso, CARLOS ALBERTO CARDOZO OLIVEROS carece de interés para acudir a la casación, ya que de acuerdo con la constancia dejada por el Tribunal después de la revisión de los audios, se constató que no apeló la sentencia de primera instancia aprobatoria del preacuerdo.

Además, su situación jurídica definida en el fallo de primera instancia ninguna modificación sufrió con el recurso de apelación, el superior no la desmejoró, y los cargos propuestos en la demanda, tampoco se encuentran dentro de las otras hipótesis que le permitirían interponer la impugnación extraordinaria.

Como quiera que lo denunciado en el primer cargo de las demandas es la violación directa de la ley, el debate debe asumirse en puro derecho, siendo obligación de los impugnantes mostrar que entre la parte motiva y la resolutive existe una contradicción, porque se dejó de aplicar una norma, o porque fue aplicada indebidamente, o porque se interpretó erróneamente el precepto aplicable al caso.

A la interpretación errónea, se llega cuando el fallador al interpretar la norma que ha seleccionado correctamente y resulta aplicable al caso, le atribuye un alcance jurídico que no tiene o le reconoce efectos que son contrarios o distintos a su real contenido.

Los recurrentes creen cumplir su cometido con la enunciación del artículo 31 del Código Penal, porque aun cuando reconocen que el Tribunal obró correctamente en el proceso de selección y determinación de la pena más grave para el concurso de hechos punibles, consideran que se equivocó porque “procedió a sumar aritméticamente cada uno de los delitos heterogéneos”, ignorando que debía aumentarla hasta en otro tanto.

En opinión de los casacionistas una vez determinada la pena más grave, la misma debía aumentarse hasta en otro tanto, esto es, “debió partir del delito concursal más grave de los determinados”, que para el caso era el delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, y a los treinta (30) meses señalados por el Tribunal agregarle otros (10) para un total de cuarenta (40) meses por las otras conductas concurrentes, sin señalar las razones por las cuales este es el procedimiento que ha debido aplicar.

Sin embargo, no exponen las razones por las cuales el método utilizado por el Tribunal es erróneo. De manera general se refieren a la suma aritmética de las penas, sin mostrar que haya sido así, en tanto advierten el desconocimiento del aumento en su tope máximo, sin emprender ningún ejercicio que les permita demostrar que éste fue ignorado.

Así mismo dan por sentado que el aumento de la pena hasta en otro tanto, previsto en el artículo 31 del Código Penal, se halla referido al delito concursal más grave que servirá de base para el incremento por los demás delitos, ya que en el reparo no se acude a argumentos o principios racionales que muestren la validez de esa afirmación, dejando al

descubierto la ausencia de una proposición lógica y jurídica que pueda ser considerada en esta sede, en la que son inadmisibles las simples opiniones acerca de lo que puede ser el alcance o sentido de la norma.

Además de lo dicho, tampoco mostraron que en la tasación de la pena, el monto establecido para cada uno de los delitos sea igual al mínimo previsto en el correspondiente tipo penal, ni que el fallador hubiera excedido el límite legalmente permitido por la ley al sumar indebidamente las penas y no las incrementara en la proporción señalada, esto es, en otro tanto.

El reparo no supera las conjeturas, asemejándose a un alegato de instancia sin enseñar ningún error de juicio en la aplicación del artículo 31 del Código Penal.

Finalmente, contra la determinación que se adoptará procede el mecanismo de insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el siguiente:

“a- ... sólo puede ser promovida por el demandante dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia que inadmite la demanda de casación u oficiosamente provocada dentro del mismo lapso por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal -en tanto no sean recurrentes- el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la inadmisión.

b- La respectiva solicitud puede formularse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que haya salvado voto respecto a la decisión de inadmitir o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

c- Es potestad del funcionario ante quien se formula la insistencia someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión y en este caso así lo informará al

petionario en un término de quince (15) días”3

.

Ahora bien, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 184 inciso segundo de la ley 906 de 2004 y ante la posible vulneración de las garantías de los acusados, la Sala admitirá el cargo segundo de las demandas de casación presentadas por los apoderados de LUIS ENRIQUE GARCIA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACIAS MAYA y GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI.

Igualmente la Sala con fundamento en el inciso 3º del artículo 184 de la ley 906 de 2004, atendiendo los fines de la casación superará los defectos de la demanda presentada por el apoderado de HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA, en razón al probable desconocimiento de las garantías debidas al acusado.

Oportunamente se fijará fecha para la audiencia de sustentación del reparo y de la demanda, a la cual pueden acudir los no concurrentes para ejercer su derecho de contradicción

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Primero.- No Seleccionar la demanda de casación presentada por el apoderado de CARLOS ALBERTO CARDOZO OLIVEROS.

Segundo.- NO seleccionar el cargo primero de las demandas de casación presentadas por los defensores de LUIS ENRIQUE GARCIA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACIAS MAYA, GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI.

Segundo.- Seleccionar el cargo segundo de las demandas de casación formuladas por los

defensores de LUIS ENRIQUE GARCIA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACIAS MAYA y GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI.

Tercero.- Seleccionar la demanda de casación presentada por el apoderado de HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA.

Por la secretaría de la Sala se programará la fecha para la realización de la audiencia de sustentación del mismo.

Contra lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de esta decisión procede el mecanismo de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ ALFREDO GÓMEZ
QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS JULIO
E. SOCHA SALAMANCA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia junio 30 de 2010, Tribunal Superior de Bogotá; folios 33 y 34, carpeta

original de segunda instancia.

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

3Auto, diciembre 12 de 2.005, radicación 24322; en el mismo sentido, auto, de mayo 4 de 2006, radicación 25006.