

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado Acta N° 411

Bogotá D. C., siete (07) de noviembre de dos mil doce (2012).

MOTIVO DE LA PROVIDENCIA

Decide la Sala el recurso de casación propuesto en nombre de DIOSNAÍN CARVAJALINO ANGARITA y FABIÁN ENRIQUE LÓPEZ PEÑALOZA contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar) que confirmó el emitido en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica, mediante el cual fueron condenados como coautores de hurto calificado en grado de tentativa.

SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. En Gamarra (Cesar), en horas de la tarde del 2 de noviembre de 2007 fueron aprehendidos DIOSNAÍN CARVAJALINO ANGARITA y FABIÁN ENRIQUE LÓPEZ PEÑALOZA en momentos en que intentaban arrebatarse, mediante intimidación, a Cenobio Sanguino Baca un camión tipo estacas, marca Dodge, de placas RAJ-184, el cual era conducido por éste cuando se dirigía, por solicitud de aquéllos, a recoger un cargamento de yuca en la zona rural, labor por la cual los citados supuestamente le cancelarían doscientos ochenta mil pesos¹.

2. Una vez fueron escuchados en indagatoria CARVAJALINO ANGARITA y LÓPEZ PEÑALOZA, el 9 de noviembre del mismo año les fue resuelta de manera provisional su situación jurídica con detención preventiva, y agotada la fase instructiva el 2 de enero de 2009 la Fiscalía General de la Nación profirió contra ellos resolución de acusación como coautores de hurto calificado, en modalidad de tentativa, de acuerdo con los artículos 27, 239 y 240, numeral 4, inciso 4, de la Ley 599 de 2000, con las modificaciones de la Ley 1142 de 2007, artículo 37, pliego de cargos confirmado el siguiente 16 de febrero, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el defensor de los procesados².

3. La siguiente fase se adelantó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica (Cesar), cuyo titular emitió el 9 de febrero de 2010 sentencia en la que declaró a los acusados penalmente responsables de los cargos atribuidos, y en tal virtud a cada uno le impuso pena principal de ocho (8) años y cuatro (4) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad, se abstuvo de condenarlos al pago de perjuicios, y le negó a ambos procesados la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, decisión que fue apelada por el apoderado judicial de los encausados³.

4. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar), mediante pronunciamiento del 26 de julio del 2010 confirmó la referida providencia, fallo de segunda instancia contra el cual la misma parte interpuso y sustentó el recurso de casación, cuya demanda fue declarada por la Sala formalmente ajustada y respecto de la misma el delegado de la Procuraduría General de la Nación rindió el concepto de rigor⁴.

LA DEMANDA

5. Propone el actor dos cargos sustentados de la siguiente forma:

5.1. Con base en el artículo 207, numeral 3, de la Ley 600 de 2000, sostiene que la sentencia se profirió en una actuación afectada de nulidad por desconocimiento del principio del juez natural, vicio previsto en el artículo 306-1 del ordenamiento procesal citado, relativo a la falta de competencia del funcionario judicial.

En esencia para el demandante tal irregularidad se presenta porque según dictamen pericial la cuantía de la ilicitud fue de treinta y cinco millones de pesos con referencia al automotor del que los acusados pretendían apoderarse, sin reparar los juzgadores que el delito quedó en modalidad de tentativa, lo cual implica que no hubo desmedro patrimonial alguno y que el bien nunca estuvo fuera de la esfera de dominio de su dueño o tenedor, de suerte que la norma procesal que debió aplicarse fue el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal que atribuye a los jueces penales municipales el conocimiento de los delitos contra el patrimonio económico iguales o inferiores a cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Solicita casar el fallo e invalidar lo actuado desde el momento en que asumió la causa el Juez Promiscuo del Circuito de Aguachica, con el fin de que se reponga la actuación por el juez competente.

5.2. De manera subsidiaria en el segundo reproche invoca el motivo extraordinario de impugnación consagrado en el artículo 207-2 de la Ley 600 de 2000, relativo a la falta de consonancia de la sentencia con los cargos imputados.

Transcribe el acápite relativo a la calificación jurídica de la conducta de la providencia acusatoria, y luego emprende igual ejercicio en lo relativo a la sentencia, en cuanto a las consideraciones hechas al dosificar la pena, para evidenciar que en ésta se dedujo como circunstancia genérica de agravación la prevista en el artículo 58-10 del Código Penal, la cual no fue imputada en el pliego de cargos, motivo por el que pide casar el fallo

atacado para retirar la atribución del aludido motivo de intensificación punitiva.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

6. El agente del Ministerio Público, en lo referente a la primera censura, tras una amplia disertación concerniente al principio del juez natural, señala que en el asunto estudiado ninguna circunstancia permite afirmar la ausencia de competencia de los juzgadores de instancia, dado que si bien se trata de un punible en grado de tentativa, dicha modalidad en nada modifica el valor comercial del bien que fue objeto del intento de apoderamiento ilegal, y por consiguiente la cuantía del delito, aun cuando la acción no se hubiese agotado completamente, seguirá siendo la misma, es decir, la que corresponde al valor de los objetos, la cual en este caso se fijó por un auxiliar de la justicia en treinta y cinco millones de pesos.

En consideración de lo anterior puntualiza que tal reproche no está llamado a prosperar.

Y acerca del segundo cuestionamiento, luego de fijar el marco conceptual del principio de congruencia como uno de los elementos esenciales del debido proceso, el representante de la sociedad señala que, en efecto, los juzgadores quebrantaron el aludido axioma, ya que en parte alguna de la acusación se dedujo la causal genérica de agravación destacada por el actor en la demanda, motivo por el que resulta forzosa la intervención de la Corte para reparar el agravio en los términos que lo reclama el censor.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

7. El demandante, en el primer cargo, aspira a quebrar la presunción de legalidad que ampara a las sentencias de primera y segunda instancia, integradas en una unidad jurídica inescindible dado que la declaración de justicia en ellas expresada es coincidente, aduciendo la falta de competencia del funcionario judicial encargado del

juzgamiento, yerro que como motivo de anulación se enmarca dentro de la causal tercera, y así acertadamente lo propuso el censor, pero su demostración debe desarrollarse de conformidad con la primera, sea por la vía directa o indirecta de violación de la ley sustancial, a fin de precisar la forma como se produjo el error de juicio por parte del fallador.

En efecto, el ejercicio de acreditación del dislate implica identificar el error de selección normativa (aplicación indebida o exclusión evidente), o de carácter hermenéutico del precepto (interpretación errónea), o bien, si la irregularidad obedeció a yerros en el proceso de aprehensión y valoración probatoria, postular alguno de los errores de hecho o de derecho (falso juicio de existencia, de identidad, falso raciocinio; falso juicio de convicción o de legalidad, en su orden).

Obsérvese que en el cargo analizado la argumentación deriva hacia un desatino jurídico, pues el actor no discute los hechos ni la valoración probatoria, habida cuenta que la queja estriba en que como el delito contra el patrimonio económico quedó en la modalidad de tentativa y por ende no hubo efectivo apoderamiento del objeto material de la ilicitud (un vehículo automotor), la cuantía determinada por el valor del aludido bien (\$35`000.000) resultaría intrascendente para fijar la competencia funcional en la fase de juzgamiento, de suerte que, según el censor, por esa circunstancia el asunto debió ser conocido, no por un juez penal del circuito conforme al artículo 77 de la Ley 600 de 2000, sino por uno penal municipal de acuerdo con el artículo 78 del mismo estatuto, es decir, plantea un error de selección normativa.

8. Pues bien, no obstante la adecuada presentación formal del reproche, en lo sustancial la queja, como igual lo concluyó el Delegado de la Procuraduría, carece de acierto y por ende de vocación de éxito, dado que la tentativa como dispositivo amplificador del tipo proyecta sus efectos, exclusivamente, en el ámbito de la consecuencia penal señalada para el comportamiento descrito en la ley como delito al que esté referida aquélla.

En la aplicación del dispositivo amplificador de la tentativa, doctrinal y jurisprudencialmente se asiente en varias clasificaciones⁵: así, se denomina simple o inacabada la hipótesis en la que la ejecución de la conducta delictiva que se ha propuesto se interrumpe cuando apenas principia su ejecución por la interposición de un factor ajeno a la voluntad del agente, que le impide su consumación; acabada o frustrada cuando el agente ha cumplido con todos los actos que estaban a su alcance pero el resultado no se produce por circunstancias extrañas a su querer; y desistida aquella en la cual el agente después de haber iniciado la ejecución de la conducta delictiva o de haberla completado, de manera voluntaria resuelve poner fin a su empresa y evita que el resultado se produzca.

De acuerdo con el texto legal (Ley 599 de 2000, artículo 27) a las dos primeras modalidades corresponde un mismo descuento consistente en la imposición de una pena “no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo” de la sanción consagrada para la respectiva conducta punible, y en la tercera hipótesis el precepto otorga una reducción “no menor a la tercera parte del mínimo ni mayor a las dos terceras partes del máximo”.

En palabras de la doctrina la tentativa:

“...es la ejecución incompleta del hecho tipificado en la ley penal; es —como decían los antiguos— un conatus, un acto o delito que se empieza a ejecutar y nunca llega a consumarse, un delito imperfecto, a diferencia de la adecuación normal en la que la conducta encaja a plenitud en el tipo penal respectivo”⁶.

“La tentativa representa el mínimo general de injusto material que el sujeto debe realizar en cada caso para llegar a caer bajo la concreta amenaza penal de las leyes

inriminatorias. .../... La imperfección es relativa a la consumación formal —satisfacción de todos los elementos que, según la ley, son necesarios y suficientes para realizar todo el injusto del hecho de una determinada figura delictiva—, frente a la cual la tentativa aparece siempre y necesariamente como un minus objetivo, como un resultado típico de daño o de peligro que no alcanza para la consumación, a pesar de la intención. El sujeto hace en el conato punible menos de lo que quería hacer, comete un injusto menor con la intención o el dolo de cometer otro mayor que no sobreviene por la interposición de factores ajenos a su propia voluntad. La tentativa es siempre, por definición, delito inconsumado, realización criminal interrumpida por factores involuntarios antes de alcanzar el grado requerido para la consumación por el tipo correspondiente, desencadenamiento causal que su autor no ha podido llevar a ‘feliz término’”⁷.

En armonía con los conceptos citados, la tentativa como dispositivo amplificador del tipo no muda o cambia los elementos estructurales de la conducta punible con relación a la cual se predica su estructuración, de suerte que, en tratándose de delitos contra el patrimonio económico, en los que el monto del agravio a ese bien jurídico, por voluntad del legislador, es consustancial para determinar la competencia funcional, no desaparece ni se modifica hacia una estimación menor —como al parecer lo entiende el demandante— por el hecho de que la intención del autor de apropiarse de un objeto de determinado valor haya sido frustrada en una etapa en la que no alcanzó efectiva consumación.

Baste lo anterior para afirmar la improsperidad del cargo, habida cuenta que en el asunto analizado la valía o precio comercial del bien del que pretendieron apoderarse los acusados, supera ampliamente la cuantía de cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$21'685.000) para la época de los hechos⁸, que como límite de competencia entre los jueces penales municipales y del circuito fija el ordenamiento en las normas adjetivas invocadas por el actor.

9. El segundo reproche, propuesto con sustento en la causal segunda de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, vicio de garantía que consiste en la falta de consonancia entre el fallo y el pliego de cargos con el que fue convocado a juicio el sujeto pasivo de la acción penal.

Tal y como lo resalta el Agente del Ministerio Público, el principio de congruencia entre sentencia y acusación se erige en base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos constituye el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución.

La precisión de la acusación impide al juez agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas en la acusación o incluir agravantes no contempladas en ella o en la variación de la calificación jurídica cuando haya mediado prueba sobreviniente, so pena de infringir el denominado principio de congruencia integrado por la correspondencia entre lo imputado, lo juzgado y lo sentenciado.

En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas y que su atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar

responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquéllas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer.

Por su parte, acerca de las causales genéricas de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, superado como se encuentra el criterio de que su valoración es del resorte exclusivo del fallador al dosificar la pena, lo mismo que la distinción doctrinal entre “objetivas” y “subjetivas”, hoy por hoy existe consenso en la jurisprudencia⁹ en cuanto a que éstas deben ser atribuidas en la resolución acusatoria de manera expresa, tanto fáctica como jurídicamente sin que esto se traduzca en convertir en presupuesto de la imputación la enunciación numérica del texto legal, como quiera que para ello es suficiente la valoración objetiva y subjetiva de la circunstancia de mayor intensidad punitiva mediante raciocinios que no permitan la duda acerca de su atribución a efectos de que puedan ser consideradas en el fallo, ya que, de lo contrario, al computarlas el juzgador atentaría contra el principio de congruencia.

10. En el asunto que concita la atención de la Sala el juzgador consideró la concurrencia de la causal de mayor punibilidad relacionada con ejecutar la conducta delictiva en coparticipación criminal, prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, situación que a la postre lo hizo ubicarse dentro del ámbito de movilidad de los cuartos medios, cuando correspondía no sobrepasar el primero.

En efecto, en la resolución de acusación, al puntualizar la calificación jurídica provisional que correspondía a la situación debatida, en la que en parte alguna se resaltó como motivo de mayor gravedad la intervención plural de personas en la ejecución imperfecta del punible, el ente investigador señaló:

“El delito por el cual se acusa al señor FABIÁN ENRIQUE LÓPEZ PEÑALOZA y DIOSNAÍN

CARVAJALINO ANGARITA se encuentra estipulado en el LIBRO SEGUNDO, TÍTULO VII, DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO, Capítulo Primero, Del Hurto, Arts. 240, numeral 4, inciso 4, modificado por el art. 37 de la Ley 1142 de 28 de junio de 2007, que introdujo aumento de pena de 7 a 15 años de prisión y art. 27 del C.P.” 10.

Pese a la claridad del recuento fáctico y jurídico hecho en el pliego de cargos, el a-quo, tras reconocer en consonancia con la determinación aludida que el comportamiento acreditado consistió en un delito de hurto calificado, pues el objeto material del mismo fue un vehículo automotor, cuya efectiva ejecución quedó frustrada por la oportuna intervención de las autoridades, fijó los extremos punitivos mínimo y máximo en cuarenta y dos (42) y ciento treinta y cinco (135) meses de prisión, respectivamente, para luego dividir esa franja en cuatro cuartos de movilidad, y hacer a continuación la siguiente individualización de la sanción:

“Ya a nivel de dosificación de la pena se observa que existe el agravante descrito en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, que es, obrar en coparticipación criminal, pues no es mentira que los aquí acusados se asociaron en fuerzas para cometer el delito querido mas no consumado por circunstancias ajenas a su voluntad, sin embargo como no registran antecedentes penales, lo que es una circunstancia de menor punibilidad descrita en el numeral 1 del artículo 55 ibídem, el Despacho se moverá dentro de los cuartos medios acatando lo ordenado en el artículo 61 ejusdem.

“En consecuencia, el juzgado impondrá a los procesados FABIÁN ENRIQUE LÓPEZ PEÑALOZA y DIOSNAÍN CARVAJALINO ANGARITA una pena principal de cien (100) meses de prisión, lo que equivale a ocho (8) años más cuatro (4) meses”¹¹.

Como fácilmente se constata es palmario que el a-quo no atendió el pliego de cargos en el que no se dedujo circunstancias de mayor punibilidad, y ello,

valga la pena aclarar, a pesar de que para la época del fallo de primer grado, la discusión acerca de la necesaria deducción en esa pieza procesal de las circunstancias de intensificación de la pena previstas en el artículo 58 del Código Penal, desde algo más de un lustro atrás había sido zanjado por la jurisprudencia con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal por el cual se tramitó el presente asunto¹².

Consecuente con la calificación jurídica señalada en el pliego de cargos, por la ausencia de agravantes punitivas específicas o genéricas predicables del comportamiento reprochado, y ante el reconocimiento por parte del juzgador de primer grado de una circunstancia general de menor represión, era forzosa la individualización de la pena en el cuarto mínimo o primer cuarto de movilidad, conforme expresamente lo ordena el artículo 61, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000.

El Tribunal no se percató de dicho yerro, y sin el menor reparo confirmó la condena, incurriendo así las instancias en desconocimiento de los términos y alcances de la acusación al sorprender a los enjuiciados con la inclusión de un supuesto fáctico y jurídico de mayor punibilidad no conocido por aquéllos, vicio trascendente que afectó las garantías de defensa y congruencia, en los términos alegados por el actor y respaldados por el Agente del Ministerio Público.

Por las anteriores razones se impone declarar la prosperidad de la segunda censura, y proceder a la corrección del dislate en cuestión eliminando como criterio de dosificación de la pena la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el artículo 58, numeral 10 del Código Penal, que sin haber sido deducida fáctica y jurídicamente en la acusación fue atendida por los falladores.

10.1. Dado que la individualización de la pena para el delito de hurto calificado debió hacerse en el primer cuarto de movilidad, el cual fluctúa de cuarenta y dos

(42) meses a sesenta y cinco (65) meses y siete coma cinco (7,5) días de prisión, puesto que el a-quo reconoció de manera válida la circunstancia de menor punibilidad consistente en la carencia de antecedentes penales (Ley 55-1 de la Ley 599 de 2000), atendiendo el mismo criterio proporcional del fallador de primer grado para no imponer el mínimo del rango en el que se movió, mutatis mutandis, la Sala le impondrá a cada uno de los acusados una sanción principal de sesenta (60) meses de prisión.

La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de conformidad con el artículo 52 del Código Penal, se ajustará al mismo lapso de la de prisión.

10.2. Puesto que lo encausados, según da cuenta la actuación, se hallan privados de la libertad por razón de este proceso desde el 2 de noviembre de 2007, es evidente que a la fecha de suscripción de esta sentencia aquéllos han saldado su deuda con la sociedad, por lo que resulta procedente otorgarles la libertad inmediata por pena cumplida, previa verificación de que no sean requeridos por otra autoridad judicial.

Para efectos de librar las correspondientes boletas de libertad se comisionará al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Circuito Judicial de Valledupar, habida cuenta que los procesados están reclusos en la cárcel de esa comprensión territorial.

En mérito de 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,

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia recurrida con base en el primer cargo propuesto en la demanda.

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada en razón de la prosperidad del segundo reproche propuesto por el actor. En consecuencia, de acuerdo con lo puntualizado en la parte motiva, se IMPONE a cada uno de los procesados DIOSNAÍN CARVAJALINO ANGARITA y FABIÁN ENRIQUE LÓPEZ PEÑALOZA la pena principal de sesenta (60) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

3. CONCEDER a DIOSNAÍN CARVAJALINO ANGARITA y FABIÁN ENRIQUE LÓPEZ PEÑALOZA, libertad inmediata por pena cumplida.

Prevía constatación de que los procesados no sean requeridos por otra autoridad judicial, para efecto de librar las correspondientes boletas de libertad, se comisiona al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Circuito Judicial de Valledupar.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cuaderno principal, folios 1-13.
- 2 Ídem, folios 19-26, 38-43, 29, 60, 99-105, 115, 126-132, 148-150, 172-174, 189-194 y 212-215.
- 3 Ídem, folios 264-273 y 295-300.
- 4 Cuaderno del Tribunal, folios 3-16 y 36-46. Cuaderno de la Corte, folios 6 y 8-28.
- 5 Cfr. Sentencia de segunda instancia de 23 de septiembre de 2009, radicación N° 30877.
- 6 Velásquez V. FERNANDO. “Derecho Penal – Parte General”. Librería Jurídica COMLIBROS, cuarta edición, 2009, pág. 951.
- 7 Fernández Carrasquilla, JUAN. “Derecho Penal – Parte General – Teoría del Delito y de la Pena” Vol. 2. Librería IBAÑEZ, 2012, pág. 742.
- 8 Según el Decreto 4580 de diciembre de 2006, el salario mínimo en el 2007 fue de \$ 433.700.
- 9 Cfr. Entre otras, sentencias del 30 de junio de 2004, Radicación N° 18874; 20 de abril de 2005, Radicación N° 21576; 31 de agosto de 2005, Radicación N° 23678; y 9 de febrero de 2006, Radicación N° 23750.
- 10 Cuaderno principal, folios 189-194.
- 11 Ídem, folio 272.

12 Cfr. Sentencia de Única Instancia de 23 de septiembre de 2003, Radicación Nº 16320.