

Proceso nº 36.901

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA N°. 425-

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Sala las bases jurídicas y lógicas de la demanda de casación presentada por la defensora de Nelson Fabián Barrera Sánchez contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que confirmó parcialmente la condena impartida el 8 de octubre de 2010 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa ciudad, al hallarlo penalmente responsable, en calidad de autor, del delito de hurto continuado, agravado, en concurso heterogéneo con el de falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Entre los años 1997 y 2005, Nelson Fabián Barrera Sánchez laboró al servicio de la empresa Creatum Accesorios S.A., con domicilio en Sabaneta (Antioquia), desempeñando el cargo de jefe de cartera.

Durante los años 2003¹ a 2005, acudiendo a la falsificación de documentos y valiéndose de su cargo, en varias ocasiones se apoderó de diversas sumas de dinero, que para la época de la denuncia ascendieron a \$32.810.041.

Aunque hizo un acuerdo con la empresa, comprometiéndose a pagar el valor de \$70.000.000, únicamente canceló las dos primeras cuotas en cuantía de \$5.000.000 cada una.

2. Los hechos fueron denunciados el 11 de mayo de 2006 por el representante legal de la firma², razón por la que el 16 del mismo mes y año la Fiscalía 67 Seccional de Envigado, dispuso la apertura de investigación ^{previa}³.

3. El 5 de febrero de 2007, el órgano instructor declaró formalmente abierta la investigación y ordenó la vinculación mediante indagatoria de Nelson Fabián Barrera Sánchez⁴.

4. El 23 de octubre del mismo año, se llevó a cabo diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada pero el investigado no los aceptó⁵.

5. El 30 de octubre de 2007 se clausuró el ciclo instructivo⁶.

6. El mérito del sumario se calificó con resolución de acusación del 18 de abril de 2008 en contra de Nelson Fabián Barrera Sánchez, quien fue llamado a responder como autor del injusto de hurto continuado, agravado por la confianza, en concurso con 43 falsedades en documento privado (artículos 31, 239 y 241.2 del Código Penal)⁷.

7. Esta determinación fue recurrida por la defensa y confirmada por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín el 20 de octubre de 2009⁸.

8. El juicio correspondió al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, despacho que

avocó el conocimiento del asunto el 23 de noviembre de 2009.

9. La audiencia preparatoria se surtió el 28 de mayo de 2010.

10. El 17 de junio de 2010, el procesado presentó escrito mediante el cual aceptó los cargos¹¹.

11. En consecuencia, mediante sentencia anticipada del 8 de octubre de 2010, Nelson Fabián Barrera Sánchez fue condenado en los términos de la acusación a la pena principal de treinta y cinco (35) meses y veintitrés (23) días de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad y al pago de \$60.000.000 por concepto de perjuicios materiales y costas y agencias en derecho. Del mismo modo, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena¹².

12. Inconforme con el fallo de primera instancia, el representante de la parte civil interpuso recurso de apelación, y el 24 de febrero de 2011 fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, pero con la modificación en el sentido de imponer a Barrera Sánchez la pena de cuarenta y un (41) meses y diez (10) días de prisión y revocar la suspensión condicional de la ejecución de la pena¹³.

13. La defensa técnica interpuso¹⁴ y sustentó¹⁵ el recurso extraordinario de casación.

14. El asunto fue remitido a la Corte.

LA DEMANDA

Una vez la demandante identificó los sujetos procesales y la sentencia impugnada, realizó una síntesis de los hechos objeto de juzgamiento y de la actuación procesal y

solicitó “LA INVALIDACIÓN O CASACIÓN”¹⁶ del fallo de segundo grado, para en su lugar, dejar en firme el de primera instancia o hacer “las declaraciones impetradas en los respectivos cargos y se unifique la jurisprudencia”¹⁷.

A continuación, al amparo del numeral 1º del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 postula un único cargo y acusa la sentencia de ser “violatoria de una ley sustancial”¹⁸ y vulnerar la prohibición de reforma en peor.

En desarrollo del reproche, tras precisar que fueron dos los motivos de inconformidad formulados por la parte civil en el recurso de apelación contra el fallo de primer grado: i) la dosificación de la pena y ii) la concesión del subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, hace un cuadro comparativo en el que sintetiza las consideraciones de los juzgadores frente a esos dos aspectos.

De esta manera, hace evidente que la pena de 35 meses y 23 días de prisión que el A quo le impuso a su prohijado fue modificada a petición de la parte civil por el Tribunal para tasarla definitivamente en 41 meses y 10 días, aduciendo razones de gravedad de la conducta y las consecuencias que para la empresa perjudicada se derivaron. Estos motivos fueron suficientes para negarle la suspensión condicional de la ejecución de la pena -por el factor objetivo- y la prisión domiciliaria -por el elemento subjetivo-.

A juicio de la censora lo decidido por el Ad quem es arbitrario, injusto y contrario al análisis de la juez unipersonal, quien después de valorar la personalidad del sentenciado le brindó otra oportunidad. Agrega que, tanto el procesado como la defensa se vieron sorprendidos con el incremento punitivo, ya que la parte civil “es un impugnante único y (...) no es procedente la modificación del fallo agravando la pena y sus consecuencias porque se estaría reformando en peor”¹⁹.

Cita en extenso la sentencia T-533 de 2001 y concluye que se violó el referido

postulado que “prohíbe al juez ad quem o de segunda instancia modificar una providencia apelada en perjuicio del apelante único. En este caso sólo había apelado la parte civil. No podía por tanto el juez de segundo grado empeorar la situación de [su] prohijado”²⁰. En idénticos términos edifica la trascendencia del cargo, la que señala se ve reflejada en la parte resolutive del fallo acusado.

Solicita casar la sentencia impugnada y proferir la de reemplazo que corrija el error denunciado y confirme la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

1. De la inadmisión de la demanda.

De conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal del 2000, la Sala inadmitirá la demanda, porque no reúne los presupuestos ni cumple con las exigencias mínimas previstas en el artículo 212 del mismo Estatuto.

Bien sabido es que el recurso extraordinario de casación debe ser elaborado por quien demuestre interés jurídico, respetando las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley, según se trate de cada una de las causales establecidas en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, pues lo pretendido con este mecanismo extraordinario es socavar la doble presunción de acierto y legalidad que reposa sobre el fallo de segundo grado.

Es así que la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente, clara y precisa en su desarrollo y eficaz en la pretensión. Por ello, está sometida al rigor de los principios que soportan la impugnación extraordinaria (prioridad, autonomía, claridad, precisión, no contradicción, entre otros) y a las pautas lógicas que respecto de cada sentido de error ha decantado la jurisprudencia.

La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la

violación y, concretar el disenso en términos de suficiencia y trascendencia.

Cuando se escoge como ruta de ataque la causal primera, el casacionista está obligado a identificar si el reproche se funda en el cuerpo primero o segundo del numeral 1º del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, es decir, si lo demandado es la infracción directa o indirecta de la ley sustancial, respectivamente, para luego expresar la modalidad específica de error.

Ahora, si lo predicado es la violación indirecta de la ley sustancial, corresponde al demandante, identificar si el vicio de apreciación probatoria es de hecho o de derecho y el sentido del error, es decir, si el defecto se originó en los denominados falsos juicios de existencia -por omisión o suposición-, de identidad -por adición, tergiversación o cercenamiento- y de raciocinio, ó de legalidad y convicción.

En cambio, si lo procurado es denunciar el quebranto de la ley sustancial por la ruta directa, el libelista debe hacer completa abstracción de lo fáctico y probatorio y, en ese sentido, admitir los hechos y la apreciación de los medios de convicción fijados por los sentenciadores, de manera tal que le corresponde desarrollar el reproche a partir de un ejercicio estrictamente jurídico, en el que establezca la vulneración del precepto normativo en el caso concreto, por medio de cualquiera de las tres modalidades de error: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

Mientras que la falta de aplicación opera cuando el juzgador deja de emplear el precepto que regula el asunto, la aplicación indebida, deviene de la errada elección por el sentenciador de una disposición que no se ajusta al caso, con la consecuente inaplicación de la norma que recoge de forma correcta el supuesto fáctico. La interpretación errónea, en cambio, parte de la acertada selección de la norma aplicable al asunto debatido, pero conlleva un entendimiento equivocado de la misma, que le hace producir efectos jurídicos que no emanan de su contenido.

En todos los casos, se debe acreditar la trascendencia del defecto en el fallo, pues no todo yerro tiene la entidad necesaria para socavar la decisión de segunda instancia.

La concreción del error en los términos de esta clasificación es necesaria si se considera que cada una de las modalidades está gobernada por una metodología argumentativa distinta que atiende los principios de precisión, claridad y debida fundamentación que rigen el recurso extraordinario.

La libelista no acató las previsiones lógicas recién enunciadas.

En efecto, aunque transcribió la expresión del numeral 1º del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal que señala: “[c]uando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial” y precisó que la ruta escogida es la de la violación directa de la ley sustancial, omitió señalar la modalidad concreta de defecto, valga decir, si la infracción se produjo por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea del artículo 31 de la Constitución Política, lo que resultaba indispensable de cara a la demostración del yerro.

Así mismo, quebrantó el principio de no contradicción cuando a la par que pidió la invalidación de la actuación, lo que supone la postulación de una nulidad, también solicitó la emisión de fallo de reemplazo para confirmar el fallo de primera instancia.

Estas pretensiones formuladas al tiempo se repelen, ya que en el primer caso, la eventual prosperidad del reproche demanda retrotraer la actuación a la fase procesal en que se haya proferido la irregularidad sustancial para que subsanado el defecto se reinicie el proceso, mientras que en el segundo evento, la Corte casa la sentencia acusada emitiendo otra de reemplazo en la que corrige el defecto endilgado.

Además, es claro que cuando lo procurado es denunciar la transgresión del canon 31 constitucional, desarrollado en el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, por desatención de

la prohibición a la reforma en perjuicio, siendo normas de contenido esencialmente sustancial y cuyo quebranto comporta un defecto in iudicando, su correcta alegación se debe hacer por la ruta de la causal primera, en el sentido de violación directa pues de prosperar el reproche, únicamente, se afectaría la sentencia sin extender sus efectos a alguna fase procesal previa y, no, mediante la alegación de yerros in procedendo que, como se sabe, corresponde al tercer motivo casacional.

A la cadena de defectos argumentativos detectados, se suma la profunda confusión dogmática que exhibe la libelista respecto del principio no reformatio in pejus, pues si bien comprende que este postulado “prohíbe al juez ad quem o de segunda instancia modificar una providencia apelada en perjuicio del apelante único”²¹, contrariando el predicado del inciso segundo del artículo 31 Superior y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia -que incluso cita-, olvida que, esta garantía esencial se predica como es lógico, a favor del condenado que ejerce el recurso vertical con la esperanza de lograr una decisión favorable a sus pretensiones -que por lo tanto, nunca podrá ser menos ventajosa o lo que es lo mismo, más perjudicial que la que ya obtuvo en primera instancia- y no, de las otras partes o sujetos procesales (no recurrentes).

En realidad, la esencia de este axioma es la de servir de límite al poder punitivo del Estado para garantizar al recurrente único que ha obtenido una decisión adversa en primer grado, la posibilidad de acceder a la segunda instancia libre de cualquier temor de ver desmejorada su situación.

No es este el caso, pues no fue Nelson Fabián Barrera Sánchez – persona aquí condenada por los delitos de hurto continuado, agravado y falsedad en documento privado- quien a través de su defensora interpuso el recurso de apelación pretendiendo por ejemplo, la absolución o la exclusión de un agravante o una pena más benigna, como para que, por virtud de la prohibición de reforma peyorativa, se hubiera activado una barrera de

protección a favor del sentenciado para impedir que el Tribunal pudiera hacerle más gravoso el juicio de reproche y la sanción penal correspondiente.

Recuérdese que fue la parte civil en calidad de apelante único quien promovió la alzada, habilitando en principio con ello, la probabilidad de que aquél fuera sentenciado en condiciones más gravosas que las deducidas en primera instancia.

Ahora, distinto sería, que la abogada hubiera alegado y probado que este sujeto procesal no tenía legitimidad para impugnar el fallo, porque en ese caso, evidentemente el Tribunal no solo estaría impedido para agravar la pena del sentenciado, sino para emitir fallo de segundo nivel, se insiste, no en razón de la prohibición de reforma peyorativa sino por virtud de la ausencia de interés jurídico para recurrir en apelación de la parte civil. No obstante, nada expresó la peticionaria en este sentido

Siendo lo anterior así, no hay lugar a admitir la demanda.

2. La casación oficiosa. Ausencia de interés jurídico de la parte civil para recurrir en apelación.

2.1. Siendo el recurso extraordinario de casación un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde salvaguardar los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en los procesos penales. En vigencia de esa tarea debe velar por el respeto irrestricto de sus garantías esenciales en aras de posibilitar la efectividad de las mismas.

En aplicación de tal compromiso y en el marco del estado social y democrático de derecho, cuando quiera que se advierta la existencia de alguna trasgresión sustancial de los derechos constitucional o legalmente reconocidos, deberá remediarla oficiosamente aunque el censor no lo advierta en su libelo.

Este es el caso, pues la recurrente no presentó ningún cargo que permitiera poner en evidencia el error del Tribunal al conocer del recurso de apelación promovido por la parte civil contra la sentencia de primer grado, quien carecía de interés jurídico para deprecar una condena más drástica en contra de Nelson Fabián Barrera Sánchez; sin embargo, la Sala debe ocuparse del asunto de manera oficiosa con el fin de impartir justicia en el caso concreto y darle alcance al principio de legalidad y al derecho al debido proceso. Las razones son las que a continuación se exponen.

El clásico interés exclusivamente resarcitorio que le asistía a la víctima o perjudicado con una infracción penal dentro del proceso de esta especie, fue revaluado por la Corte Constitucional en las sentencias C-228 de 2002 y C-899 de 2003, de forma tal que ese concepto tradicional se llenó de contenido con la posibilidad cierta de que la parte civil tuviera la facultad de perseguir la verdad, la justicia y la reparación.

Sin embargo, esa doctrina estableció ciertos límites a la pretensión de la parte civil, para evitar que su intervención tendiera a favorecer cualquier ánimo de venganza o revancha.

Es así como en la sentencia del 10 de agosto de 2006, radicación 22.289, la Sala de Casación Penal se ocupó de precisar, a tono con la jurisprudencia constitucional que, más allá de la indemnización económica -que incluso puede no ser reclamada-, la parte civil tiene interés para buscar la verdad y la justicia dentro del proceso penal, con la condición de que acredite el daño concreto ocasionado con el injusto. Por ser enteramente pertinente al caso, la providencia se transcribe en extenso en sus apartes más sobresalientes:

“(…) el problema jurídico que debe resolver la Sala para determinar si el cargo está llamado a prosperar o no, es el relativo a si en los eventos en los cuales el proceso penal concluye con sentencia condenatoria, subsiste interés en la parte civil para impugnarla con el propósito de que se agrave la pena impuesta o se modifique su forma

de ejecución, acudiendo para ello a la invocación de los valores de verdad y justicia, cuando quiera que la pena impuesta o el otorgamiento de un sustituto penal o un subrogado específico no satisfaga sus expectativas. O si, por el contrario, tal pretensión ha de estimarse ilegítima, a partir de la consideración de que la sentencia por su carácter declarativo de la responsabilidad penal del procesado y sancionatorio en virtud de la imposición de la pena, satisface tales intereses superiores.

Con tal propósito, bien está comenzar por recordar que la Corte Constitucional, al precisar por vía de control constitucional en el año 2002 el ámbito de protección de los derechos de la parte civil dentro del proceso penal, se ocupó de puntualizar algunas pautas para la interpretación de los conceptos de verdad, justicia y reparación, a que entonces se hizo referencia. Además, si bien dejó en claro que el interés de la parte civil podía estar motivado por el logro de todos los fines o de alguno de ellos, también es cierto que, paralelamente, introdujo algunas restricciones al ejercicio de las facultades de la parte civil, (...)

Así las cosas, indudable se ofrece concluir que la Corte Constitucional orientó la interpretación de la norma revisada por vía de control constitucional a reconocer la posibilidad de que la víctima o el perjudicado con el delito, puedan concurrir a la actuación penal en procura de lograr cualquiera de los intereses por los que pueden abogar -verdad, justicia o reparación-, aún en los eventos en que la reparación pecuniaria se encuentre satisfecha o no sea objeto de reclamación, caso en el cual no desaparece su interés, siempre que acredite “un daño concreto” que se le haya causado con el delito, en virtud del cual se justifique su intervención en defensa de la verdad o la justicia.

A su turno, en la sentencia de constitucionalidad C-899 de 2003, cuando la misma

corporación se ocupó de resolver la demanda de inconstitucionalidad promovida contra varias disposiciones de la Ley 600 de 2000, entre ellas las que regulan lo relativo al “rechazo de la demanda”, la “extinción de la acción penal por indemnización integral” y los “efectos de la cosa juzgada penal absolutoria” – artículos 38, 42, 48, 52, 55 y 57-, precisó el marco de aplicación de la nueva doctrina constitucional sobre los derechos de la parte civil, (...)

(...)

Siguiendo los precedentes que vienen de referirse, razonable es concluir que la jurisprudencia constitucional al paso que reconoce que a la parte civil le asisten dentro del proceso penal además del derecho a la reclamación de la indemnización de perjuicios, los de conocer la verdad y realizar el ideal de justicia, también llama la atención sobre cómo estos últimos admiten restricciones razonables, tales como condicionar la presencia de la parte civil en el proceso penal a que no haya intentado la reparación pecuniaria ante la jurisdicción civil y a que acredite la causación de un perjuicio directo.

Así mismo, se enfatiza en la sentencia C-899 de 2003 que la circunstancia fundamental que legitima la concurrencia de la parte civil en el proceso penal es su interés indemnizatorio, quedando sometido, como todo sujeto procesal, a los mandatos legales previstos para la tramitación de la acción penal y para la terminación normal o anormal del procedimiento, resultándole incompatible a sus intereses que discuta unos y otros aspectos, so pretexto de que ellos hacen nugatorio su derecho a la verdad o a la justicia, mas cuando en este precedente se hace especial énfasis en que la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia no puede servir de excusa para convertir el proceso penal en un mecanismo exclusivo de venganza privada.

Y pese a que en la sentencia C-228 de 2002 se admitió como posible que las víctimas y

los perjudicados concurrieran al proceso penal sólo para el logro de la verdad o de la justicia, mientras que en la sentencia C-899 de 2003 se afirmó que la doctrina de la Corte Constitucional “no ha evolucionado hasta considerar que estos -la verdad y justicia- puedan desplazar la pretensión indemnizatoria” (Cfr. Sentencia C-899 de 2003), es lo cierto que ambos precedentes coinciden en punto a sostener que en los eventos en los cuales la intervención de la parte civil está motivada en la defensa de sus derechos a la verdad o a la justicia, debe acreditar un daño concreto que se le haya causado, en virtud del cual se justifique la defensa de tales valores.

Lo anterior constituye razón suficiente para concluir que en estas materias, surge para el juez el ineludible deber de ponderar, en cada caso en particular, si frente al derecho a la verdad o a la justicia que invoca el apoderado de la parte civil para legitimar su interés, existe o no un daño concreto, real y específico, esto es, si esta en juego su derecho a conocer lo que sucedió y a precaver que la conducta quede en la impunidad, como para habilitarlo a promover un recurso o una actuación determinada.

Es bajo un tal entendimiento, que esta Sala ha señalado que cuando la intervención de la parte civil dice justificarse en la necesidad de defender la verdad o la justicia, se requiere, para concordar con el contenido y alcance de las decisiones indicadas, que el recurrente señale en forma expresa la fuente de ese interés, y cuál derecho constitucional en particular le ha podido ser vulnerado, o lo que es igual, que acredite que como consecuencia de la conducta punible objeto de investigación y juzgamiento, sus derechos sufrieron un perjuicio directo, real y específico. -Cfr. Auto del 22 de junio de 2005, radicado 22102-.

Particularmente, para lo que interesa en el asunto de la especie, si la parte civil apela un fallo de carácter condenatorio invocando la necesidad de que se ampare su derecho a la verdad o a la justicia, es apenas natural que precise cuál es el agravio concreto que tal determinación le ha causado, es decir, cómo el fallo sancionatorio afecta

uno de aquellos derechos, puesto que, como también es de elemental rigor entender, en principio una determinación de dicha naturaleza está llamada a realizar esos intereses superiores que podrían legitimar su intervención procesal.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que las expectativas de la parte civil por conocer la verdad y porque la conducta no quede en la impunidad, en principio se satisfacen con el proferimiento del fallo condenatorio, tanto porque constituye un pronunciamiento conclusivo al que se arriba sólo cuando de las pruebas recaudadas a lo largo del proceso se llega a la certeza sobre la real ocurrencia de la conducta punible objeto de reproche y de la responsabilidad del acusado, como porque a consecuencia de una tal declaración deviene imperativa la imposición de la pena correspondiente.

Dentro de este contexto también debe decirse que sólo excepcionalmente podría llegar a considerarse que, pese al carácter condenatorio del fallo proferido en las instancias, éste podría no realizar los intereses superiores de la verdad y la justicia cuya satisfacción constituye aspiración legítima de la parte civil, evento en el cual adquiriría pleno interés jurídico para reclamar su modificación en los aspectos puntuales que le causan agravio, como podría suceder cuando el fallador ha reconocido la existencia de alguna circunstancia atenuante de punibilidad que la parte civil halla improbadamente con la consecuencia de desdibujar la verdad de lo ocurrido y de propiciar un fallo injusto, por ejemplo, declarando que el procesado realizó la conducta punible bajo estado de ira o intenso dolor o por razones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, que en criterio de la víctima o el perjudicado no concurren y, por ello, no era dable reconocer.

Sin embargo, no es esta última hipótesis la que se verifica en el caso que ocupa la atención de la Sala. Para llegar a tal conclusión, suficiente resulta con acudir a los argumentos esgrimidos por el apoderado de la parte civil en el memorial a través

del cual sustentó el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia, para advertir la ausencia de demostración del perjuicio o agravio que la pena impuesta a la procesada y la forma de ejecución del fallo adverso le hubieran causado, en forma tal que con fundamento en un tal acontecer procesal pudiera argumentar pleno interés jurídico que lo habilitara para cuestionar tales aspectos de la sentencia de primer grado y no propiciar una intervención que antes que irrumpir como un adecuado ejercicio del derecho de postulación, traduzca más un ánimo retaliatorio, bajo el supuesto de que como la impuesta no es “ejemplarizante” ello podría constituir, en teoría, una invitación a los servidores públicos para “seguir” defraudando el patrimonio público. (...)

(...)

Por el contrario, acceder a reconocerle interés para reclamar una pena más severa o para insistir en la revocatoria del referido subrogado penal, sólo evidencia la incursión en el tema vetado por el precedente constitucional en el cual se buscó sustento para esa intervención procesal, esto es, el de convertir su actuación en un medio a través del cual sólo se pretende el castigo del procesado.

De suerte que, aun cuando la nueva dimensión de la parte civil dentro del proceso penal implique que pueda entrar a discutir la legalidad o el acierto de la sentencia condenatoria de primera instancia mediante la interposición del recurso de apelación, cuando quiera que de manera ponderada se advierta que a través suyo no se realizan los intereses superiores a la verdad o la justicia es claro que en el presente asunto tal no es lo que acontece, dado que los reproches no aparecen directamente asociados a una determinación que hiciera negativo el derecho a conocer la verdad o a que se hiciera justicia.

En esta materia, no puede perderse de vista que es al legislador a quien compete en el

proceso de definición de las conductas prohibidas determinar sus correspondientes consecuencias punitivas, de suerte tal que la pena prevista para cada delito es en sí misma representativa de la mayor o menor gravedad que esa conducta, atendiendo la naturaleza del bien jurídico que lesiona y el mayor o menor ámbito de protección que se estime ha de otorgarse al bien jurídico objeto de tutela.

Es también en ese mismo ámbito legislativo en donde se define en qué proporción puede verse disminuida la pena básica prevista para el delito, en virtud del comportamiento del procesado en el curso de la actuación, como sucede con las rebajas previstas por confesión, por reparación del daño o por aceptación de los cargos, instrumentos que indudablemente constituyen un estímulo para disuadir al sujeto pasivo de la acción penal a que coopere con la administración de justicia, temas todos cuya legitimidad no puede quedar en entredicho bajo el pretexto de que desdican de la justicia, entendida bajo la lógica de que ésta se satisface con la privación de la libertad del infractor.

En esa dirección, no encuentra la Sala una razón a la que se pueda acudir para sostener que los derechos a la verdad o a la justicia legitiman aquella intervención de la parte civil cuyo propósito único se orienta a lograr la agravación de la pena impuesta por el juez, por razón de no compartir el término fijado para su duración por estimarlo laxo, o porque en su criterio no sirve a los fines retributivos o de prevención general.

En efecto, no cabe duda que la pena está llamada a cumplir varias funciones, siendo al juez al que compete establecer en cada caso concreto cómo ha de ser fijada, con apoyo en los criterios que el legislador define para su determinación, de forma tal que dicho resultado traduzca en el necesario equilibrio entre esas diferentes funciones a las que la sanción penal sirve.

Si la pena se impusiera bajo la sola consideración avalorada de la gravedad de la conducta como género, sin atención a las especificidades en que se ejecutó en cada caso concreto, sobrarían las previsiones del legislador de establecer para las distintas conductas punibles unos límites mínimos y máximos de punibilidad. Bastaría entonces con que se fijara para cada delito una sanción fija, única e inamovible.

Los criterios que recoge el estatuto penal para determinar la pena, están llamados a garantizar que ésta responda a las particularidades dentro de las cuales se verificó la infracción de la ley penal, siendo de resorte del juez establecerla, a través de un procedimiento reglado en la ley penal, expresamente establecido en los artículos 54 a 62 de la Ley 599 de 2000.

De manera que, si en ese ejercicio al juzgador al examinar la conducta en concreto encuentra que no reviste mayor gravedad, que no generó un daño sensible al bien jurídico tutelado, que sólo concurren circunstancias atenuantes de la punibilidad o que fue baja la intensidad del dolo, no cabe duda que le asiste facultad para establecerla en su extremo mínimo, porque en tal evento ninguna ilegalidad resultaría predicable de ese ejercicio.

Así mismo, en caso presentarse un concurso de conductas punibles, el juez debe seguir los criterios establecidos por el artículo 31 del Código Penal según los cuales el sentenciado ha de quedar sometido a la pena que corresponda al delito más grave según su naturaleza “aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que corresponden a la respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”, de forma que el incremento lo puede disponer por un término que podrá ir desde un día hasta una proporción no igual a la condigna sanción que correspondería al delito concursante de menor gravedad, por manera que proceder en el sentido que la norma indica no puede ser asumido

como una vulneración al valor “justicia”.

En igual medida, la viabilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando la impuesta al procesado permite acceder a ese subrogado, no sólo puede tener como referente la gravedad del delito, o las circunstancias en las cuáles este se cometió, sino también y con mayor énfasis “la buena conducta anterior del procesado, las actitudes posteriores al hecho delictivo que tiendan a detener sus efectos perjudiciales, la indemnización y la presentación voluntarias, como elementos expresivos de una personalidad positiva del acusado”- Cfr. Sentencia de casación del 8 de febrero de 2000, radicado 11203-.” (Subrayas simples del texto original, dobles de esta providencia).

Como nítidamente se expresa en el precedente citado²², es claro que en aquellos asuntos en los que la investigación y juzgamiento de un delito termina -por la vía normal o anticipada- con sentencia condenatoria, la parte civil no siempre tiene interés para impugnarla, sobre todo si lo hace con el exclusivo propósito de que se irroque una sanción más gravosa y se niegue cualquier sustituto o subrogado al penado, pues los valores de verdad y justicia, no tienen relación intrínseca con el monto de pena o el modo de ejecución de la sentencia. En verdad, siempre que la adecuación típica sea la correcta y la sanción penal se determine discrecionalmente dentro de los límites punitivos y los criterios de individualización consagrados por el legislador, los fines superiores reseñados quedarán satisfechos con la declaración de responsabilidad penal del procesado por el juzgador y la imposición de la pena correspondiente.

2.2. En el caso que nos ocupa, justamente fue la cantidad de pena impuesta a Barrera Sánchez y la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por el juez de primera instancia, los que motivaron a la parte civil a incoar el

recurso de apelación que a su vez ocasionó que el Tribunal modificara el fallo de primer nivel en sentido desfavorable al procesado.

El representante de la parte civil invocó razones de retribución justa -daño causado, cuantía de lo apropiado y renuencia a restituirlo- y de prevención general y especial (“las personas que conocen de este caso y el mismo sentenciado aprenderán lo siguiente: “si careces de antecedentes penales, puedes apropiarte de los bienes ajenos, sin importar la cuantía, lo importante es no utilizar la violencia, sino tu carisma para ganarte la confianza de la víctima y tu inteligencia para engañarlo y poder apropiarte de sus bienes”²³) para clamar por una pena severa -respecto a la infracción básica y las concursantes- que consultara las circunstancias de agravación genéricas descritas en los numerales 5 y 6 del artículo 58 del Código Penal y el número de falsedades (43) en que incurrió el enjuiciado.

Así mismo, abogó por la revocatoria del subrogado concedido al sentenciado porque le producía “rechazo e indignación”²⁴ que al analizar el factor subjetivo la A quo afirmara que si bien el comportamiento estaba prohibido legalmente no es de los que genera conmoción en la colectividad y que tampoco se causó un sensible daño al bien jurídico protegido, cuando lo cierto es que esta clase de conductas estremecen con frecuencia a la comunidad y el monto de lo apropiado fue superior a \$70.000.000, lo que convierte a Barrera Sánchez en un ladrón de cuello blanco “que no hurta por necesidad, sino por afán de enriquecimiento y ambición, y que por tanto requiere tratamiento penitenciario para que retribuya de alguna manera lo que decidió no restituir de manera efectiva”.

De estos argumentos no se infiere una lesión concreta de los derechos a la verdad o a la justicia de la parte civil. En cambio, el ánimo vindicatorio para con el procesado, es expreso al punto que pretende la imputación de dos causales de agravación genéricas que no fueron deducidas en el pliego de cargos y

que por razón del principio de congruencia, no podrían ser endilgadas válidamente al sentenciado.

Así pues, existiendo condena en los términos exactos de la acusación, la que además recoge cabalmente el comportamiento desplegado por Barrera Sánchez, lo cierto es que la pretensión de la parte civil no podía invadir el ámbito de discrecionalidad de que goza el juzgador para tasar la pena –al tenor de los artículos 59 a 61 de la Ley 599 de 2000-, y para pretender a toda costa la privación de la libertad del condenado.

Se equivocó por lo tanto el Tribunal al reconocerle interés jurídico a la parte civil y darle curso a la impugnación para agravar la pena del sentenciado, revocar por el factor objetivo el acceso a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y negar la prisión domiciliaria por el carácter subjetivo.

2.3. Como consecuencia de lo anterior, en aras de restablecer las garantías conculcadas por el Ad quem al encartado, lo procedente sería reconocer plena vigencia a la sentencia de primera instancia, sino fuera porque la Sala observa dos situaciones que afectan el ejercicio dosimétrico realizado por el A quo.

En verdad, de un lado, se tiene que tal como lo evidenció el juez plural, la falladora erró al establecer el quantum punitivo para el delito base: hurto continuado, agravado por la confianza, pues a los límites previstos para esta infracción, le hizo el incremento descrito en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de una tercera parte a la mitad, el cual solo está autorizado para las conductas punibles ejecutadas y juzgadas bajo el amparo de la Ley 906 de 2004.

Y de otra parte, la sentenciadora inadvirtió que una de las 43 falsedades en documento privado en que incurrió el enjuiciado, concretamente la que recayó en el recibo de

caja No. 4344 por valor de \$2.754.451, de 25 de abril de 2004²⁵, prescribió en la instrucción²⁶, lo cual impedía emitir juicio de reproche alguno por este comportamiento e imponer la pena correspondiente por el mismo.

Ciertamente, si la referida infracción penal lesiva del bien jurídico de la fe pública se cometió en la fecha indicada y la resolución que calificó el mérito del sumario en segunda instancia se profirió el 20 de octubre de 2009, es claro que para esa época ya habían transcurrido los seis (6) años²⁷ que por virtud del artículo 83 del Código Penal constituían el término máximo de prescripción durante la fase investigativa para el delito de falsedad en documento privado.

Ahora bien, la pena a descontar por el penado en relación con el delito de hurto no se debía tasar inicialmente entre treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses de prisión sino entre veinticuatro (24) y setenta y dos (72) meses, para a continuación hacer el incremento por el agravante específico consagrado en el numeral 2º del artículo 241 del Código Penal –sin la modificación introducida por el artículo 51 de la Ley 1142 de 2007²⁸– de una sexta parte a la mitad, lo cual arroja como extremos punitivos, veintiocho (28) a ciento ocho (108) meses de prisión.

Enseguida, se debe establecer el ámbito de movilidad y a partir de esta cantidad (80 meses), determinar los cuartos e individualizar la pena dentro del cuadrante respectivo, que para el caso es el primero, por cuanto solo concurre como circunstancia de menor punibilidad la ausencia de antecedentes penales.

Primero

Segundo

Tercero

Cuarto

28 meses-48 meses

48 meses, 1 día-68 meses

68 meses, 1 día-88 meses

88 meses 1 día-108 meses

Como en el caso de la especie, por este delito, la juez le impuso al enjuiciado el monto mínimo de la infracción –que con el incremento de la Ley 890 era equivalente a treinta y dos (32) meses-, ese mismo criterio, se debe tener en cuenta para fijar la sanción privativa de la libertad imponible por el reato de hurto agravado, esto es, veintiocho (28) meses de prisión.

Como este delito se imputó en la modalidad continuada descrita en el artículo 31 ejusdem, corresponde hacer el incremento adicional de una tercera parte sobre la sanción individualmente considerada²⁹, para un total de pena, por la infracción básica, de 37.33 meses de prisión³⁰.

A esta cantidad, se debe hacer el aumento punitivo en razón del concurso de falsedades.

Con tal fin, a los once (11) meses que el juez unipersonal fijó como imponible por las 43 conductas de ese tipo, se debe descontar la proporción de sanción equivalente a una de ellas, lo que arroja un monto definitivo de 10.74 meses, cantidad que en todo caso queda reducida a 9.54 meses por virtud del principio de proporcionalidad respecto del delito base.

Lo anterior, arroja una pena de prisión de 46.87 meses, a los que se debe hacer un

descuento de la tercera parte (15.62 meses) en tanto el procesado se acogió a sentencia anticipada antes de que se iniciara la audiencia pública de juzgamiento, lo que da como resultado definitivo una sanción de 31.24 meses de prisión, o lo que es lo mismo, 31 meses y 2 días de prisión.

Como quiera que la pena es inferior a la determinada por la juez unipersonal, se mantienen incólumes las razones aducidas por la falladora para concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por manera que, la Sala casará de oficio el fallo impugnado proferido por el Tribunal Superior de Medellín, por cuyo medio incrementó la pena principal de prisión, le revocó la suspensión condicional de la ejecución de la pena a Barrera Sánchez y no le otorgó la prisión domiciliaria -determinación última que también se incluyó en sus ordenaciones-, para en su lugar, dejarlo sin valor; declarará la prescripción de la acción penal derivada de un delito de falsedad en documento privado -cometido el 25 de abril de 2003- y decretará en su favor la cesación de procedimiento por esta infracción penal; así mismo declarará la vigencia de los numerales primero, tercero y siguientes de la sentencia de primera instancia en tanto en ellos se declaró responsable a Nelson Fabián Barrera Sánchez por los delitos de hurto continuado, agravado por la confianza y 42 falsedades en documento privado, se lo condenó a la pena accesoria por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, se le otorgó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se lo declaró civilmente responsable por los daños ocasionados a la parte civil en los términos y bajo las condiciones previstas en el respectivo fallo y se lo condenó en costas y agencias en derecho, pero modificará el numeral segundo del mismo proveído en el sentido de imponerle la pena de treinta y un (31) meses y dos (2) días de prisión.

Finalmente, la Sala no observa flagrantes violaciones de derechos fundamentales distinta

a la recién advertida, causales de nulidad, ni motivos que conduzcan a la necesidad de un pronunciamiento profundo frente al expediente en razón de las finalidades de la casación.

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

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada a través de apoderada por Nelson Fabián Barrera Sánchez, contra la sentencia del 24 de febrero de 2011, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Segundo. Casar de oficio la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por cuyo medio incrementó la pena principal de prisión, le revocó la suspensión condicional de la ejecución de la pena a Barrera Sánchez y no le otorgó la prisión domiciliaria -determinación última que también se incluyó en sus ordenaciones-, para en cambio, dejarla sin valor.

Tercero. Declarar prescrita la acción penal derivada de un delito de falsedad en documento privado -cometido el 25 de abril de 2003-, por el que fue procesado Nelson Fabián Barrera Sánchez y, por consiguiente, decretar en su favor la cesación de procedimiento por esta infracción penal.

Cuarto. Declarar la vigencia de los numerales primero, tercero y siguientes de la sentencia de 8 de octubre de 2010 proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, en tanto en ellos se atribuyó responsabilidad penal a Nelson Fabián Barrera Sánchez por los delitos de hurto continuado, agravado por la confianza y 42 falsedades en documento privado, se lo condenó a la pena accesoria por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, se le otorgó el subrogado de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena, se lo declaró civilmente responsable por los daños ocasionados a la parte civil en los términos y bajo las condiciones previstas en el respectivo fallo y se lo condenó en costas y agencias en derecho.

Quinto. Modificar el numeral segundo del mismo proveído en el sentido de imponer a Nelson Fabián Barrera Sánchez la pena de treinta y un (31) meses y (2) dos días de prisión.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Comisión de servicio

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En este año, se cometió una sola falsedad el 25 de abril de 2003. Las restantes entre los años 2004 y hasta el 11 de octubre de 2005.

2 Cfr. folios 1-16 del cuaderno principal.

3 Cfr. folio 233 ibídem.

4 Cfr. folio 260 ibídem.

5 Cfr. folios 319-320 ibídem.

6 Cfr. folio 321 ibídem.

7 Cfr. folios 338-352 ibídem.

8 Cfr. folios 378-384 ibídem.

9 Cfr. folio 391 ibídem.

10 Cfr. folio 411 ibídem.

11 Cfr. folios 417-419 ibídem.

12 Cfr. folios 422-427 ibídem.

13 Cfr. folio 443-456 ibídem.

14 Cfr. folio 464 ibídem.

15 Cfr. folios 478-490 ibídem

16 Cfr. folio 481 ibídem.

17 Ibídem.

18 Ibídem.

19 Cfr. folio 9 de la demanda a folio 486 ibídem.

20 Cfr. folio 12 de la demanda a folio 489 ibídem.

21 Cfr. folio 12 de la demanda a folio 489 ibídem.

22 Reiterado en auto del 6 de junio de 2007, radicación 27.278, auto del 27 de junio de 2007, radicación 27.177, auto del 24 de octubre de 2007, radicación 24.561.

23 Cfr. folio 438 del expediente.

24 Ibídem.

25 Ver al respecto, el dictamen pericial que obra a folio 258 del cuaderno principal del expediente.

26 Fenómeno que tampoco percibió el Tribunal.

27 De conformidad con el artículo 289 del Código Penal el delito de falsedad en documento privado tiene prevista pena de prisión de uno (1) a seis (6) años.

28 No vigente para la época de los hechos.

29 En este punto se impone recordar que el incremento por el delito continuado se “debe concebir dentro de la sistemática de la dosificación punitiva de acuerdo con su verdadera naturaleza, esto es, no como un modificador de los límites punitivos, sino como instrumento apto para tasar la pena de manera proporcional al daño causado con la conducta, buscando en todo caso, una mayor severidad de la sanción, sin que su acreditación modifique la descripción típica, con la virtualidad de ampliar su contenido, pues la modalidad del delito continuado además de ser común para distintas conductas punibles, en su estructura normativa no da lugar a la afectación o modificación de la forma como cada tipo penal específico describe un comportamiento.” (Sentencia del 27 de julio de 2011, radicación 35.656.

30 No los 42 meses que había establecido la juzgadora de primer grado.