

Proceso nº 38216

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta # 139

Bogotá D.C., abril dieciocho (18) de dos mil doce (2012).

VISTOS:

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por la defensora del procesado CÉSAR DAVID CONTO MUÑOZ.

ANTECEDENTES:

1. Hacia las 11:45 de la mañana del 1º de septiembre de 2010, en la calle 17 sur con la carrera 10ª de Bogotá, el joven de 17 años de edad R.U.P. fue asaltado por el antes mencionado y un menor de edad. Uno de ellos lo tomó por el cuello y el otro lo intimidó con un cuchillo. Lograron despojarlo de su teléfono celular. Los delincuentes corrieron y miembros de la policía que patrullaban por el lugar, alertados por la ciudadanía, los capturaron.
2. Al día siguiente, ante el Juzgado 55 Penal Municipal de Garantías de Bogotá, se legalizó la captura de CÉSAR DAVID CONTO MUÑOZ y, acto seguido, se realizó la audiencia de formulación de imputación, en la cual aceptó el cargo de hurto calificado y

agravado, en calidad de coautor.

3. Mediante sentencia del 29 de agosto de 2011, el Juzgado 10º Penal Municipal de Bogotá lo condenó a 18 meses y 7 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. No se le concedió la condena de ejecución condicional.

4. La defensora apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Bogotá, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 4 de noviembre de 2011, le impartió confirmación.

LA DEMANDA:

Consta de tres cargos.

Primero. Violación directa por interpretación errónea del artículo 63 del Código Penal.

El juzgador negó la condena condicional “con fundamento únicamente en la modalidad y gravedad de la conducta, desconociendo que la pena impuesta fue inferior a tres años y, los antecedentes personales, sociales y familiares del señor CÉSAR DAVID CONTO MUÑOZ permiten afirmar que no necesita tratamiento penitenciario”. Dijeron las instancias, con dicho sustento, que el mismo encarna “un potencial peligro para la comunidad”.

Según el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 –modificado por el 24 de la Ley 1142 de 2007— “para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible”, pudiendo el Juez valorar adicionalmente las demás circunstancias previstas en la norma.

La Corte Constitucional, a través del fallo C 1198/2008, declaró la exequibilidad

condicionada de la disposición. Consideró que no era suficiente el argumento de la gravedad y modalidad de la conducta punible para negar la libertad, haciéndose imperativo –por tanto— consultar la necesidad de la privación de la libertad.

Así las cosas, al estimar las instancias un peligro para la sociedad al sindicado, con el exclusivo argumento de la gravedad y modalidad del delito, vulneraron “el espíritu del legislador”. Desconocieron que CONTO MUÑOZ era infractor primario, que desde la aceptación de su responsabilidad penal no cometió otros hechos punibles, que del estudio de arraigo realizado por la Fiscalía se estableció que no era necesaria su detención preventiva y que se resocializó pues obtuvo su título de bachiller en diciembre de 2010 y se vinculó al mercado laboral.

Segundo cargo. Violación directa por falta de aplicación del artículo 10º de la Ley 65 de 1993.

A través de esa disposición se fijó como finalidad del tratamiento penitenciario el de “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación”.

En la formulación de cargos, conforme al estudio de arraigo, la Fiscalía estimó que CONTO MUÑOZ no era un peligro para la comunidad. Desde entonces no ha defraudado la oportunidad que se le brindó. Se graduó de bachiller, trabaja y responde económicamente por su hijo menor de edad. Es manifiesto, por tanto, que no requiere tratamiento carcelario “y no procede la prevención general y especial que predicen los falladores, en razón a que está resocializado y no ha vuelto a delinquir, más aún la única conducta reprochable penalmente es la que ha dado lugar a este proceso”.

¿Conducir a la cárcel a una persona que se graduó de bachiller y trabaja y responde por su hijo, es un acto resocializador?. La respuesta es no y, por ende, con la decisión

impugnada se transgredió la norma atrás mencionada.

Tercer cargo. Violación directa por falta de aplicación del artículo 60-5 del Código Penal.

En la fijación de los extremos punitivos de la conducta imputada al procesado, no se tuvo en cuenta el artículo 269 del Código Penal. Esta norma le ordenaba al Juez disminuir la pena legal de la mitad a las tres cuartas partes, a causa de la indemnización de perjuicios al perjudicado.

El juzgador invadió la esfera del legislador, “en razón a que sustituyó la aplicación del numeral 5º del artículo 60, por un juicio de su fuero personal, esto es, que la indemnización no había sido inmediata”. Esa exigencia no se encuentra prevista en la ley y, por consiguiente, queda demostrado que las sentencias proferidas vulneraron la ley sustancial “al no haber aplicado el numeral 5 del artículo 60 del C.P., en la rebaja de pena ordenada por el artículo 269 ibídem”.

Que la Corte case la sentencia y le otorgue a su poderdante la condena condicional es, finalmente, la demanda de la recurrente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. En el capítulo IX de la Ley 906 de 2004 dedicado a regular el recurso extraordinario de casación, exactamente en el inciso 2º del artículo 184, se contemplaron cuatro posibilidades para no seleccionar o admitir una demanda de casación: carencia de interés, no señalamiento de la causal, falta de sustentación debida de los cargos y cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo de la Corte para cumplir alguna de las finalidades del recurso.
2. En el presente caso, pese a ser evidente que la recurrente, en su condición de defensora del condenado, cuenta con interés para discutir ante la Sala la negativa de las

instancias a otorgar a su asistido la condena condicional y a entender modificados los extremos punitivos de la conducta punible por la circunstancia de la reparación de los daños causados con el atentado contra el patrimonio económico –prevista en el artículo 269 del Código Penal—, no consiguió sustentar debidamente los cargos propuestos.

2.1. No demostró en el primero el error de interpretación que le atribuye al fallador respecto del artículo 63 del Código Penal. Esta disposición consagra la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia de primera, segunda o única instancia, por un período de dos (2) a cinco (5) años, siempre que concurren los siguientes requisitos: (i) que no exceda de tres (3) años, y (ii) Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecutarla.

Claramente el denominado factor subjetivo del análisis judicial orientado a establecer si procede o no el mecanismo sustitutivo de la pena, comprende el examen de “la modalidad y gravedad de la conducta punible”. Y en ninguna parte de la norma se expresa, ni la jurisprudencia lo ha hecho, que la conclusión acerca de la necesidad de ejecución de la pena no pueda surgir de la sola consideración de ese elemento.

Basar en la gravedad del hecho la no concesión de la condena condicional, por consiguiente, en manera alguna se percibe como un error de juicio jurídico. Esta Sala, de hecho, por ejemplo en lo atinente a atentados contra la administración pública, ha establecido que “la gravedad de la conducta indica que la ejecución de la pena es necesaria¹”.

Los fundamentos de la tesis del casacionista son impertinentes pues no hay lugar a que en un debate sobre pena y su sustitución, se invoque un precepto regulatorio de la libertad durante el trámite procesal. Una cosa es, en efecto, la medida de aseguramiento, su finalidad y necesidad –debate en el cual naturalmente cabe el

artículo 310 de la Ley 906 de 2004 y el condicionamiento de constitucionalidad introducido en la sentencia C 1198 de 2008—; y, otra muy distinta, el juicio en el fallo relacionado con la necesidad de la pena privativa de la libertad, del cual en manera alguna están al margen las funciones de la pena previstas en el artículo 4º del Código Penal.

2.2. Tampoco en la segunda censura comprobó la abogada recurrente la vulneración directa de la ley sustancial allí denunciada, referida en este caso al artículo 10º de la Ley 65 de 1993 .

En los términos siguientes sustentó el ad quem su negativa a suspenderle al procesado la ejecución de la pena privativa de la libertad:

“Al margen que se presuma –porque realmente no aparece probado—, que las circunstancias sociales y familiares de CONTO MUÑOZ, fueren propicias para considerar la concesión del subrogado, se impone, como eficazmente lo hace el juez de primer grado, el examen de factores adicionales como la modalidad y gravedad de la conducta punible y la determinación de la calidad y real afectación del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, para efectos de la concesión del subrogado invocado.

“En este asunto, como queda visto, el acusado, en compañía de un menor de edad, intimidó a un alumno también menor de edad poniendo un arma blanca en su cuello cuando salía del establecimiento educativo donde estudia procediendo a despojarlo de un teléfono celular. La gravedad que deviene de un acto semejante acompañado del riesgo para la integridad personal, hace que una persona con tal arrojo y falta de consideración hacia los demás encarne un potencial peligro para la comunidad si se accediera a suspender condicionalmente la ejecución de la pena, emergiendo tal apreciación como la razón de peso para negar el subrogado, pues no sería de recibo para el conglomerado social que la ejecución de un hecho punible de esos alcances no resulte para la administración de justicia relevante.

“En consecuencia –finaliza la cita—, conforme a los elementos materiales probatorios allegados a la actuación penal, en concordancia con la naturaleza y modalidad del punible aludido, estima la Sala con el a quo que CÉSAR DAVID CONTO MUÑOZ, amerita ser sometido a tratamiento penitenciario con propósitos de prevención general y especial, reclusión que bien puede permitir el acceso a estudio y trabajo en la búsqueda de tomar conciencia de los valores sociales y familiares, en un momento dado factores capaces de inhibir la comisión de delitos”.

A esa argumentación judicial se opuso la casacionista diciendo que en su criterio el condenado no requiere tratamiento penitenciario porque, después del crimen, se ha portado bien. Y que, por ende, resultan improcedentes las razones de las instancias vinculadas a la prevención general y a la prevención especial.

Ello en realidad no revela ningún error del Tribunal. Especialmente cuando la tesis de la apoderada parte de desconocer que la pena tiene unas funciones y que las mismas hacen necesariamente parte del examen judicial al momento de su determinación, entre las cuales se encuentran las que a su juicio no era pertinente valorar en el presente asunto porque su procurado ya se resocializó.

Aunque “el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal” –según la disposición supuestamente transgredida—, eso no significa que la retribución y la prevención dejen de tomar parte en el análisis asociado a la posibilidad de suspender o no la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Así las cosas, el hecho de que el procesado haya seguido sus estudios tras el crimen, conseguido empleo y responda por su hijo, no conforma una regla jurídica a la que siga mecánicamente la conclusión de que no se le puede encarcelar. El subrogado de la condena condicional tiene unas exigencias, las instancias las verificaron y

concluyeron, de cara a las funciones de la pena y apoyados en la modalidad y gravedad de lo ocurrido, que CÉSAR DAVID CONTO MUÑOZ debía cumplir intramuros los 18 meses de prisión impuestos. Y como no se acreditó en la demanda que los argumentos que le sirvieron de sustento a la decisión sean contrarios a derecho, no hay lugar a la admisión de la demanda en relación con el cargo estudiado.

2.3. La suerte de la última censura es igual a la de las anteriores. En ella simple y llanamente se describe una impropiedad jurídica que no es tal.

El artículo 269 del Código Penal consagra una disminución de la mitad a las tres cuartas la pena, cuando en delitos contra el patrimonio económico “el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”. Se trata, como se puede ver sin dificultad y lo ha dicho la jurisprudencia, de una atenuante de sanción derivada de una conducta pos delictual y que, como tal, no afecta los extremos mínimo y máximo de la conducta punible. En los casos de reparación, en otras palabras, puede el Juez aminorar la pena judicialmente deducida entre las proporciones aludidas. Y es exactamente como aquí hicieron las instancias, descartándose sin más la posibilidad de que la parte del fallo cuestionado en este reproche configure un error de tipo jurídico.

Es manifiesto, en fin, que no hay lugar a admitir la demanda. Tampoco a superar sus defectos para hacer uso de la facultad oficiosa contemplada en el inciso 3º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

3. Cabe advertir, para finalizar, que contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en la norma acabada de mencionar, cuyas reglas ha definido la Sala en los siguientes términos:

3.1. 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 cuyo medio la Corte decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que reconsidere lo decidido. También podrá ser propuesto oficiosamente por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal —siempre que el recurso de casación no haya sido interpuesto por un Procurador Judicial—, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

3.2. La solicitud se puede presentar ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que haya salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

3.3. Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates 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, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

3.4. El auto a través del cual no se selecciona 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.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora del procesado CÉSAR DAVID CONTO MUÑOZ.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos a que se hizo alusión en las motivaciones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO CASTRO
CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ
MUÑOZ

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA
ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr., entre otras, sentencia del 25 de julio de 2007 (casación 27842) y auto de segunda instancia del 15 de abril de 2011 (expediente 35603).