

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 60.

Bogotá, D.C., veintisiete de febrero de dos mil trece.

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado MICHAEL SEBASTIÁN ROMERO RODRÍGUEZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 28 de septiembre de 2012, que confirmó el fallo proferido el 16 de agosto del mismo año por el Juzgado 33 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que condenó, entre otros, al mencionado procesado como coautor del delito de hurto calificado y agravado.

HECHOS Y DECURSO PROCESAL

1. En el fallo impugnado se narraron los hechos de la siguiente manera:

“Da cuenta la actuación que el 15 de abril de 2012, siendo aproximadamente las 10:00 de la mañana, mientras J.M.R.C.1 se desplazaba entre calle 40 sur con carrera 72G, fue abordado por dos individuos, donde uno de ellos le puso la mano sobre su hombro y le exigió que le pasara todos los bienes que tuviera, al paso que el segundo de ellos lo requirió para que le entregara el celular o de lo contrario atentaría contra su vida, por lo que el menor hizo entrega de su teléfono móvil. No obstante, los sujetos procedieron a

requisarle los bolsillos del pantalón, apropiándose también de doscientos quince mil pesos.

Una vez los sujetos despojaron de sus pertenencias a J.M.R.C., emprendieron la huida, momento en el cual hizo presencia una patrulla de la Policía Nacional, a la cual el ofendido acudió para informar lo acontecido, por lo que los gendarmes emprendieron la persecución, logrando la captura de HAROLD SANTIAGO QUINTERO PRIETO y MICHAEL SEBASTIÁN ROMERO RODRÍGUEZ.

“La víctima fijó el valor de los elementos hurtados en doscientos quince mil pesos en efectivo, un celular marca Alcatel avaluado en ochenta mil pesos y una memoria USB valorada en veinte mil pesos. Así como también determinó el valor de los daños y perjuicios en trescientos mil pesos.”.

2. El 16 de abril de 2012, ante el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra los capturados HAROLD SANTIAGO QUINTERO PRIETO y MICHAEL SEBASTIÁN ROMERO RODRÍGUEZ. La imputación se hizo por el delito de hurto calificado por la violencia y agravado por la coparticipación, de conformidad con lo previsto en los artículos 239, 240, inciso 2º, y 241-10 del Código Penal, cargos que aceptaron los imputados, debidamente asesorados por su defensor.

3. El 16 de agosto de 2012, ante el Juez Treinta y Tres Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia de allanamiento e individualización de la pena, en el curso de la cual se impartió aprobación al allanamiento a cargos hecho por los imputados.

Seguidamente, el Despacho corrió el traslado previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, al cabo del cual profirió sentencia de primera instancia, en la cual condenó a los mencionados QUINTERO PRIETO y ROMERO RODRÍGUEZ, a la pena de 33 meses y 7 días de

prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, negándoles tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

4. Contra la anterior determinación el defensor común de los procesados interpuso recurso de apelación, dando lugar al fallo de segunda instancia emitido el 28 de septiembre de 2012, que confirmó íntegramente la decisión impugnada.

Contra la anterior determinación, el defensor de MICHAEL SEBASTIÁN ROMERO RODRÍGUEZ presentó demanda de casación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia de ser violatoria, por vía directa de la ley sustancial, al negarse al procesado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, cada uno de los cuales sustenta de manera independiente, en los siguientes términos:

Primer cargo

En relación con el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena primero, después de citar el artículo 63 del Código Penal, señala que su representado reúne las condiciones para acceder al beneficio, pues en cuanto al aspecto objetivo, la pena impuesta no excede los tres años de prisión, y en cuanto al subjetivo debe considerarse que: (i) MICHAEL SEBASTIÁN ROMERO RODRÍGUEZ no registra antecedentes; (ii) es un sujeto “primario” de la infracción penal, con arraigo social, cultural y familiar; (iii) cuando cometió la infracción acababa de cumplir 18 años; (iv) tiene una relación marital con una joven de apenas 17 años, unión de la cual existe una menor nacida el 31 de enero de 2012, hogar que mantiene el procesado; (v) en relación

con el delito, indemnizó los daños y perjuicios causados; (vi) se encuentra completamente arrepentido de su proceder, que ejecutó por la pobreza y falta de empleo.-

Tales circunstancias, dice, no fueron tenidas en cuenta por el fallador, a quien le cuestiona que para negar el subrogado de que se trata haya acudido a la modalidad y gravedad de la conducta punible, cuando no es el único referente a observar, porque el legislador obliga haber un estudio, en conjunto, con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, para concluir de allí si es o no necesario el cumplimiento de la pena.

Allí, dice, radica el error de interpretación del inciso 2º del artículo 63 del Código Penal, máxime cuando señaló que la modalidad y gravedad del hecho, “da un referente próximo al desempeño personal y social del condenado”, contrariando la tesis jurisprudencial contenida en la sentencia del 6 de julio de 2006, radicado No. 25.106.

Agrega que ninguna ley prohíbe conceder la condena de ejecución condicional para estos delitos, pues a pesar de que la víctima fue un menor, el artículo 199, numerales 2, 4, y 6 de la Ley 1098 de 2006, no impiden la aplicación de los mecanismos sustitutivos para el hurto calificado y agravado.

Segundo cargo

Respecto de la violación directa de los artículos 38 y 38 A del Código Penal, en consonancia con el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esgrime que como el Tribunal acudió, igualmente, a la modalidad y gravedad del hecho punible para sustentar su pronóstico desfavorable contra ROMERO RODRÍGUEZ, caben las reflexiones traídas en el cargo anterior frente al tema.

Según el defensor, contrario a lo sostenido en el fallo, su representado cumple los

presupuestos consagrados en los mencionados artículos 38 A y 38 del Código Penal, porque: (i) la pena impuesta no supera los 8 años, e incluso está por debajo de los 5; (ii) el delito por el cual se procede no se encuentra excluido del beneficio; (iii) el procesado no registra antecedentes penales; (iv) su desempeño laboral, social y familiar se encuentran dentro del marco legal; (v) pagó los daños y perjuicios causados con la infracción; (vi) está dispuesto a firmar diligencia de compromiso mientras dure la ejecución de la pena.

Trae a colación jurisprudencia constitucional acerca de la obligación estatal de garantizar ciertas condiciones materiales de existencia a la población reclusa, las que hoy no se cumplen dadas las dificultades por las que atraviesa el sistema penitenciario.

Finalmente, aduce que en caso de que no se admita el libelo, se revise el caso de manera oficiosa.

Culmina solicitando que se case la sentencia para que se conceda a su representado la condena de ejecución condicional o la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La postulación del recurso extraordinario de casación, insiste la Sala, obedece a la necesidad de denunciar y demostrar la objetiva transgresión de la ley por el fallo, razón por la cual la demanda que sustenta la impugnación, necesariamente debe cumplir ciertos requisitos de forma y contenido, establecidos por el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, a fin de que pueda ser admitido por la Corte, sin perjuicio de la facultad oficiosa que tiene la misma para decidir de fondo.

En el cargo primero, el demandante sostiene que el juzgador violó directamente la ley sustancial, específicamente el artículo 63 del Código Penal, ya que en favor de su defendido concurrían las exigencias de tipo objetivo y subjetivo para acceder al sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero se lo negó apoyado en el último factor, por interpretación errónea de los condicionamientos exigidos en la ley, que lo llevaron a hacer un análisis incompleto de la situación personal de su representado.

Bajo esa enunciación, lo que critica el censor es que el juzgador haya fundado la negativa del subrogado en la gravedad del hecho punible, dejando de lado los antecedentes personales, familiares, laborales y sociales del acusado, de quien destaca que es un delincuente primario, joven, con arraigo; que indemnizó los perjuicios; que exteriorizó arrepentimiento y que tiene a su cargo una familia.

Sobre esta temática, ya la Sala ha señalado que cuando se acude a la violación directa de la ley sustancial para lograr, en sede de casación, el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no basta con afirmar, como en la instancia, que en el proceso se cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos establecidos por el artículo 63 del Código Penal, sino que es preciso demostrar que dicho precepto sustancial fue vulnerado por falta de aplicación a pesar de que el Tribunal declaró probado el supuesto del mismo, lo cual impone que se acepten las pruebas tal y como las estimó el juzgador girando el debate en torno a la norma misma, pues el ataque debe orientarse a demostrar un desacierto en el plano estrictamente jurídico.

Del desarrollo argumentativo del reproche se evidencia que el censor quebranta la anterior regla, pues si hace consistir la censura en un análisis equivocado en torno a la personalidad del procesado, en tanto considera que de haberse tenido en cuenta algunas circunstancias

probadas que lo favorecen, se le habría otorgado la condena condicional, ciertamente desborda el ámbito de impugnación que se anuncia para caer en la transgresión indirecta de la ley sustancial, la cual, aparte de no ser postulada en la demanda, tampoco encuentra desarrollo y demostración.

Pero dejando de lado esa incorrección, lo que busca la alegación del recurrente es que la Corte acoja su particular posición en el sentido de que por determinarse que su defendido es un delincuente primario, joven, con arraigo, arrepentido y sin antecedentes, ya es suficiente para que se le favorezca con dicho beneficio, dejando de lado el riguroso examen que procede acerca de la modalidad y gravedad de la conducta punible imputada, tal como lo demanda la norma cuya violación denuncia.

Pero además, una revisión objetiva de la actuación permite corroborar que el defensor ofrece una alegación acomodada de lo sucedido, en tanto, asegura que los elementos de juicio atinentes a la personalidad de su representado no fueron tenidos en cuenta, cuando es lo cierto que sí fueron analizados y que fueron otros los factores que determinaron la negativa del subrogado penal.

En efecto, al verificar si concurrían los requisitos para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en el fallo de primera instancia se dijo que:

“Resulta evidente que concurre el presupuesto de orden objetivo dado que la pena a imponer no supera los tres (3) años de prisión.

“En lo que respecta al presupuesto de orden subjetivo, este comporta dos hipótesis, la primera referida a los antecedentes personales, sociales y familiares del acusado y la segunda a la modalidad y gravedad de la conducta punible.

“Frente a la primera hipótesis debe señalar que también se encuentra a favor de los dos implicados como quiera que la Fiscalía logró probar que no registran

antecedentes penales.

“En cuanto a la segunda hipótesis que tiene que ver con la modalidad y gravedad de la conducta punible debe decirse que el delito de hurto calificado y agravado es grave pues no solamente implica que la persona vea afectado su patrimonio económico, sino que también se ponga en riesgo la vida y la integridad personal, cuando se utilizan armas para intimidarla como ocurrió en este evento...”

A continuación de lo cual el Juez hace alusión a la función de prevención general y especial de la pena, citando un antecedente jurisprudencial, según el cual “la sociedad no puede quedar inerte ante esta clase de comportamientos, sino que espera una sanción drástica, dado que un tratamiento benigno conduciría a otros a seguir el mal ejemplo...”.

Posición que es avalada en el fallo de segunda instancia, en el que después de reconocer que los procesados no registran antecedentes penales y que, por tanto, no son delincuentes habituales, tenía especial relevancia las circunstancias del hecho juzgado, como quiera que:

“...interceptaron a J.M.R.C., persona menor de edad, lo sujetan del hombro, impidiéndole su desplazamiento y lo intimidan, al tiempo que lo despojan de su celular, una memoria USB y \$ 215.000 en efectivo que llevaba consigo... Además, aunque los atacantes no produjeron ninguna lesión física al ofendido, lo cierto es que mediante la amenaza de lesionarlo y la exhibición del arma contundente que utilizaron en su contra, pusieron en riesgo su integridad personal, generando un negativo impacto emocional en él, dada la forma como lo abordaron y doblegaron su voluntad...”

Aunado a ello, agrega el Tribunal, no puede desconocerse que la víctima era un menor de edad, “por lo que se advierte una mayor gravedad en el desarrollo del acto criminoso, pues resulta totalmente reprochable que sujetos con egoístas pretensiones

económicas se aprovechen del estado de indefensión de un adolescente, quien por su poco desarrollo físico y mental no está en capacidad de defenderse.”

Queda verificado, entonces, que el juzgador sí tuvo en cuenta lo atinente a la personalidad de los acusados. Cosa diferente es que haya concluido, previo juicio de ponderación, que ello no era suficiente para concederles el sustituto penal de la condena de ejecución condicional, pues, constituía un obstáculo para ello la gravedad y modalidad de la conducta punible, tópico este que analizó amplia y profundamente.

De todas maneras no sobra agregar que al pronóstico favorable para la concesión del subrogado sólo se llega después de verificar cada uno de los tópicos que establece el artículo 63 del Código Penal, en aras de determinar que todos se cubren cabalmente, pues con el sólo hecho de que alguno de ellos no supere ese examen positivo, se impide la concesión del mecanismo excarcelatorio.

Ello, porque la pena cumple unas funciones particulares, establecidas en el artículo 4º del Código penal, particularmente la de prevención general, a cuyo amparo debe advertirse cómo la gravedad del delito implica necesaria la condigna sanción efectiva del mismo, para que así se satisfagan las expectativas de la sociedad y se envíe el mensaje de que la justicia nunca es laxa cuando el daño causado a la comunidad es grande, en busca de enervar la posibilidad de repetir.

En este caso, el que se haya utilizado un arma, con el patente peligro de afectar bienes jurídicos de mayor calado, y además que se atacara a un menor de edad, representan factores que acrecientan de manera superlativa la naturaleza del delito ejecutado y, desde luego, generaron una mayor zozobra en la comunidad, haciéndose necesario el efectivo cumplimiento de la pena, como lo determinaron las instancias, en el cometido de que esta cumpla con sus

finalidades de prevención especial y general.

Por lo tanto, aunque los procesados no registraran antecedentes penales y no se conozca tacha con respecto de su comportamiento social y familiar antes del delito que se le imputa, ningún yerro cometió el juzgador cuando negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, teniendo como fundamento la modalidad y gravedad del delito, que advertía la necesidad de aplicar a los procesados tratamiento penitenciario.

Respecto a la negativa de la prisión domiciliaria, que el casacionista demanda en el cargo segundo, basta señalar que en la sentencia de primera instancia se advirtió que no se cumplía el presupuesto objetivo para su concesión, dado que la pena mínima para el delito de hurto calificado y agravado es de 144 meses de prisión, superando ese tope los 5 años de prisión que señala el artículo 38 del Código Penal para tales efectos.

El censor, de manera equivocada, alega que a favor de su defendido se cumple el requisito objetivo establecido en el precepto citado, porque la pena impuesta no superó los 5 años de prisión.

No obstante, el artículo 38, numeral 1º, establece que:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1.- Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley

sea de cinco (5) años de prisión o menos...”

Sin dificultad se advierte que para la procedencia de la prisión domiciliaria, el referente inequívoco en cuanto al factor objetivo, está dado en que la pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, sin que en aparte alguno se diga que ese tope o uno disminuido, hace referencia a la “pena imponible”.

En muchos eventos la sanción deducida por rebajas puede ser menor de la referida en la norma, sin que ello traduzca una mutación del requisito en mención.

Para la situación objeto de examen, es claro que de acuerdo con los artículos 240 y 241 de la Ley 599 de 2000, la pena mínima fijada para el comportamiento de hurto calificado y agravado atribuido y aceptado por ROMERO RODRÍGUEZ, sobrepasa el tope de cinco (5) años, de donde se infiere que el fallador no le hizo comportar efectos restrictivos contrarios a la prevalencia del derecho sustancial, fundamento que de manera objetiva excluye la aplicación de ese instituto, sin que para el caso sea posible pasar al análisis de la concurrencia o no de los requisitos consagrados en el numeral segundo de la norma en cuestión.

Así las cosas, los evidentes desaciertos en la fundamentación del cargo, conducen indefectiblemente a la inadmisión de la demanda de casación presentada a favor del procesado MICHAEL SEBASTIÁN ROMERO RODRÍGUEZ.

Por último, ha de manifestarse que revisada la actuación en lo pertinente, no se observó la presencia de ninguna de las hipótesis que permitirían a la Corte superar los defectos de la demanda para decidir de fondo, de conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

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

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre de MICHAEL SEBASTIÁN ROMERO RODRÍGUEZ, por las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con el punto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL R. GONZÁLEZ MUÑOZ GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 “En la presente decisión no se citará el nombre completo del menor involucrado, en aplicación a lo normado en el numeral 8 del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006.