

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP5004-2016

Radicación N° 48453

(Aprobado acta N° 232)

Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de resolver sobre su admisión, la Corte examina las bases jurídicas, lógicas y argumentativas de la demanda de casación presentada por el defensor público de Maribel Mahecha Hernández contra la sentencia del 8 de marzo de 2016, en virtud de la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó parcialmente –modificó el quantum de la pena y negó la prisión domiciliaria- la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad y condenó a la acusada como coautora del concurso sucesivo homogéneo y heterogéneo de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público agravada.

LOS HECHOS

Fueron así consignados por el Tribunal en el fallo que se discute:

Acorde con el escrito de acusación con allanamiento a cargos presentado por la Fiscal 10° Seccional el 01 de octubre de 2013, los hechos se pueden sintetizar en que durante el año 2008, se celebraron por la administración pública del municipio de Mapiripán, Meta, donde MARIBEL MAHECHA HERNÁNDEZ era la Alcaldesa, un sin número de contratos de prestación de servicios y obra, sin atender los postulados legales previstos en la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, así como de sus normas concordantes, mediando para ello la falsificación de documentos públicos y de cuyos dineros se apropió en compañía de otras personas. Los contratos en mención corresponden a los números 006 del 16 de enero, 034 del 18 de abril, 033 del 24 de abril, 073 del 29 de agosto, 100 del 02 de septiembre, 101 del 03 de septiembre, 104 del 04 de septiembre, 111 del 08 de septiembre, 116 del 12 de septiembre, 118 del 16 de septiembre, 107 del 14 de noviembre, 193 del 15 de diciembre, 19 del 15 de diciembre y 202 del 22 de diciembre, cuyo objeto, circunstancias de celebración y pago, se encuentran especificados en el escrito de acusación.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 16 de septiembre de 2013, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías Ambulante de Villavicencio, la Fiscalía Décima Seccional imputó a Maribel Mahecha Hernández la coautoría en el concurso sucesivo homogéneo y heterogéneo de falsedad ideológica en documento público agravada, peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conforme a su descripción en los artículos 286, 290, 397 -inciso tercero- y 410 del Código Penal, con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del precepto 58 ibidem, cargos a los que se allanó¹.
2. El escrito de acusación se radicó el 1° de octubre siguiente² y el 2 de abril

de 2014, bajo la dirección del Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de ese municipio, se celebró audiencia de verificación del allanamiento³.

3. El 12 de junio sucesivo el Juez profirió sentencia y condenó a Maribel Mahecha Hernández a las penas principales de 95.7 meses de prisión, multa equivalente a 261.163 salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 121 meses -le reconoció rebaja del 45% por la aceptación de cargos-, tras hallarla penalmente responsable de los injustos endilgados.

Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria⁴.

4. Al finalizar la audiencia de lectura de fallo, tanto la delegada de la fiscalía como el defensor contractual interpusieron recurso de apelación⁵, pero solamente lo sustentó aquélla⁶ y el de la bancada defensiva se declaró desierto⁷.

5. El 8 de marzo de 2016 el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, al resolver la alzada, modificó parcialmente la providencia impugnada, en el sentido de imponer a la acusada 110 meses de prisión, multa equivalente a 215.871095 s.m.l.m.v. y 137.5 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y aclarar que «las penas acompañantes de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, son intemporales en cuanto acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y la celebración de contratos con el Estado y temporales (por el mismo término de la pena de prisión) en cuanto a los demás derechos políticos, conforme lo expuesto en parte (sic) considerativa».

Así mismo, revocó el numeral tercero y negó la prisión domiciliaria, al tiempo que ordenó compulsar copias para que se investigue al a quo por haberla concedido pese

a su abierta improcedencia⁸.

6. El defensor público de la acusada interpuso recurso y presentó demanda de casación.

LA DEMANDA

El profesional hace un breve recuento de la situación fáctica, la actuación procesal y las decisiones adoptadas en las instancias, refiriendo que el Juez reconoció a la procesada una rebaja del 50% de la pena, pero luego -no aclara- la disminuyó a 45%⁹, y el Tribunal modificó las penas impuestas.

Ilustra que impugna los dos proveídos porque ambos violaron directamente la ley sustancial en el momento de la tasación punitiva. Así lo explica:

Los juzgadores emplearon indebidamente la disminución por el allanamiento a cargos y, además, «solo se aplicó al punible de tasación más alta, dejando otros punibles sin rebaja porcentual»¹⁰, bajo el argumento que Mahecha Hernández no reintegró los dineros apropiados, con lo cual olvidaron que la devolución comporta una mengua distinta, la del artículo 401.

A continuación, enseña la que, en su criterio, sería la correcta dosificación, para lo cual fija los cuartos de cada uno de los delitos y refiere que se debe imponer el extremo inferior del primer cuarto medio (120 por la falsedad, 102 por el contrato sin cumplimiento de requisitos legales y 93 por el peculado). Por razón del concurso, asevera que no es posible imponer más de 240, pues como la falsedad «ya fue agravada al momento de tasarse la pena (...) no debe agravarse más la pena a imponer, tal como lo hicieron los ponentes de ambas sentencias»¹¹, de modo que se ha de establecer la sanción privativa de libertad en 120 meses y rebajarla en un 50%, para dejarla en 60 meses.

Como consecuencia, es viable conceder la prisión domiciliaria conforme al artículo 38 del Código Penal, motivo por el cual hay que revocar en ese aspecto el fallo recurrido.

Los sentenciadores violaron el precepto 351 de la Ley 906 de 2004, «aplicable en el caso concreto»¹², y por ende es imperioso disminuir la pena en la mitad. También vulneraron el 58 de la Ley 599 de 2000, que contempla una circunstancia de «mayor punibilidad si no se ha hecho (sic) la misma por medio de otra figura jurídica, y en este caso la conducta punible de Falsedad Ideológica se contempló como agravada conforme lo determinado en el artículo 290 de la Ley ibídem. Por lo tanto, no debe ubicarse en el segundo cuarto o primer medio punitivo»¹³. Infringieron el principio non bis in idem al aducir que: la conducta es grave, no se devolvieron dineros y se obró en coparticipación criminal, factores utilizados para tasar la pena -no ofrece más explicación-¹⁴.

La falla en la dosificación punitiva le impidió a su protegida acceder a la prisión domiciliaria y estar con sus hijas en casa.

Solicita a la Corte revocar las providencias de primer y segundo grado y determinar que la pena de Mahecha Hernández es de 60 meses de prisión, al tiempo que se le otorgue la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

1. Si bien el legislador previó que el propósito del recurso de casación es adelantar un juicio a la sentencia de segundo grado y procurar, en consecuencia, el respeto de las garantías y los derechos fundamentales, es preciso que el libelo correspondiente descansa en argumentos dialécticos, concatenados y sólidos, de manera que convenzan a la Sala sobre la forzosa intervención.

Así las cosas, con miras a que la Corte seleccione la demanda, el actor debe brindar

todos los elementos necesarios para entender sin dificultad el motivo de inconformidad, el error judicial y su trascendencia en el caso concreto. En ese orden, le corresponde seleccionar con especial cuidado la causal a cuyo amparo formulará los reparos y luego sí, con total apego a los requerimientos que ella exija, exhibir sus críticas. No resulta admisible que, sin articulación alguna, exponga tan solo ideas, simples reproches o ataques ausentes de sentido, dirigidos única y exclusivamente a lograr que, con independencia de la forma, se acoja su propuesta.

2. Un presupuesto fundamental para acudir en casación es que el demandante posea interés jurídico para suplicar, el cual parte de la base esencial del comprobado ejercicio del derecho de defensa, en sus componentes de contradicción y doble instancia, lo que se traduce en que (i) haya apelado el fallo de primer grado; (ii) exista unidad temática entre los motivos que dieron origen a la alzada y los que se exponen a la Corte como fundamento de la impugnación y, (iii) cuando el acusado se allane a cargos, la disparidad se circunscriba a asuntos relacionados con la dosificación punitiva, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la lesión de garantías.

Hay que subrayar que esas exigencias no aplican cuando (i) la ausencia de interposición del recurso vertical ocurra por un acto arbitrario; (ii) la sentencia de segundo nivel modifique en forma nociva la situación jurídica del impugnante; (iii) se trate de un proveído consultable que causó perjuicio, y (iv) el soporte del reproche en sede extraordinaria sea la violación de garantías fundamentales que pueda conducir a la declaratoria de nulidad.

Es que, si existe inconformidad con alguno de los aspectos resueltos por el a quo, es necesario ponerla en conocimiento del superior, a efectos de que se surta el debate jurídico correspondiente, y luego sí, de perseverar en ella, proponerla ante la Corte. Obrar de forma contraria, esto es, guardar silencio, demuestra la avenencia con lo decidido por el inferior, e impide, por virtud del principio de preclusión, la posibilidad de habilitar otro

escenario para reexaminar el asunto.

3. En esta oportunidad, es patente la falta de interés del actor para cuestionar el porcentaje de rebaja aplicado por el allanamiento a cargos, toda vez que, si bien el Tribunal impuso a la acusada una pena mayor a la fijada en primera instancia, lo cierto es que, en lo que toca con la disminución punitiva prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, atendió el criterio tenido en cuenta por el a quo, y la bancada defensiva no apeló dicha determinación.

En efecto, el Juez de conocimiento sostuvo que el descuento al que se hacía merecedora Mahecha Hernández por la aceptación de responsabilidad en la audiencia de formulación de imputación, era solo del 45% porque no hubo restitución de lo apropiado –sobre este criterio la Sala se ocupará en posterior oportunidad–.

Ese proveído únicamente fue impugnado por la representante de la fiscalía, pues aunque el defensor de la época anunció en la audiencia de lectura de fallo que se opondría, no presentó sus argumentos de disenso, por lo que el recurso se declaró desierto.

Como resultado, el ad quem, tras hallarle la razón al ente acusador en el sentido de que había lugar a considerar la circunstancia de mayor punibilidad endilgada en la imputación, redosificó las sanciones. Para ello, inició por elaborar los cuartos, se ubicó en el segundo (primer medio), individualizó las penas correspondientes a cada una de las conductas punibles –atendiendo para ello los parámetros del inferior–, hizo el incremento por el concurso¹⁵ y, finalmente, por el allanamiento a cargos disminuyó esos valores en un 45%, instante en el que aclaró que como ese porcentaje no fue «objeto de impugnación, la Corporación respetará el mismo»¹⁶.

Lo anterior permite constatar que la proporción del 45% no surgió en segunda instancia, sino que el juez colegiado la empleó porque así la consideró viable el de primer grado y frente a ella ningún argumento de disenso se esgrimió en la alzada.

Por ende, no haber controvertido el proveído inicial en ese puntual aspecto, le resta interés a la defensa para hacerlo ahora en sede extraordinaria, y la Sala no evidencia algún motivo que permita excusar esa omisión, toda vez que ella no ocurrió por un acto arbitrario o injusto; la sentencia de segundo nivel, pese a haber variado la pena en disfavor de la acusada, mantuvo invariable la mengua del 45% reconocida por el inferior, y no se denuncia violación de garantías fundamentales que pueda conducir a la declaratoria de nulidad -lo pedido es la readecuación punitiva y la concesión de prisión domiciliaria-.

4. Ahora, descendiendo al cargo formulado, que incluye varias críticas, son múltiples las falencias detectadas.

4.1. Por un lado, ninguna mención hizo el jurista en punto de la finalidad que pretendía alcanzar.

Pasó inadvertido que en el Código de Procedimiento Penal de 2004 el legislador otorgó especial importancia a los propósitos del medio de impugnación, lo que le imponía, acorde con lo dispuesto en el artículo 180 ejusdem, indicar si buscaba la efectividad del derecho material, el respeto de garantías, la reparación de los agravios o la unificación de la jurisprudencia.

4.2. De otra parte, desatendió los requerimientos que ha establecido la jurisprudencia para una adecuada censura por la senda de la violación directa de la ley sustancial, pues no señaló con claridad cuál fue la norma trasgredida y menos reveló si ella tuvo lugar por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea.

Así las cosas, se impone recordarle que la primera surge cuando el juzgador reconoce una situación de hecho pero no asigna la consecuencia en el derecho, de modo que deja de aplicar la disposición que regula el caso concreto, ya sea porque la olvida, la desconoce, la tiene por derogada o inexecutable o simplemente no es de su recibo.

La segunda, tiene lugar cuando el juez se equivoca en el proceso de adecuación normativa, esto es, entre varias válidas escoge aquella que no corresponde al caso. Y, la tercera, implica un yerro hermenéutico del funcionario, porque le dio a la ley un sentido que no tiene o le asignó efectos distintos o contrarios a su contenido.

Aunque de alguna forma el actor dejó entrever que el error descansó en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, no precisó cómo acaeció, pues inicialmente adujo que se aplicó indebidamente, pero, más adelante, que no fue aplicado. Ese planteamiento es abiertamente contradictorio, en cuanto una norma no puede ser mal empleada y, a la vez, ser excluida por el juzgador.

De cualquier manera, el letrado dio al aludido precepto un entendimiento equivocado, puesto que, contrario a su parecer, de él no se desprende el imperativo para el juez de hacer una disminución en un 50% de la pena, sino hasta el 50%, con el límite mínimo de una tercera parte (1/3), como lo aclaró la Sala en CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25726.

4.3. Ahora, el impugnante empezó aceptando como correcta la elección que del segundo cuarto hizo el Tribunal y lo increpó porque no impuso la sanción correspondiente al extremo inferior, empero, luego, lo recriminó porque en lo que toca con el delito contra la fe pública no eligió la primera fracción y le endilgó haber evaluado negativamente un mismo hecho.

De entrada, esa propuesta entraña una ostensible discordancia, en la medida en que no se sabe a ciencia cierta si la molestia del recurrente recae en los cuartos escogidos o en el tope seleccionado por el fallador.

Adicionalmente, revela confusión frente a las circunstancias de agravación específica, de una parte, y las circunstancias de mayor punibilidad, por la otra. Unas y otras son disímiles y, sin que se viole el principio non bis in ídem, pueden converger, siempre que éstas no hayan sido previstas de otra manera (artículo 58 de Código Penal). Así,

mientras las primeras integran el tipo básico determinado y allí se recogen, por lo que afectan directamente la pena dispuesta para la conducta punible, las últimas inciden en la elección de los cuartos punitivos, es decir, solo se valoran en el momento de la dosificación.

En ese orden, es claro que no existió la doble recriminación a la que alude el actor, en tanto a Mahecha Hernández se le acusó, entre otros injustos, por el de falsedad ideológica en documento público agravada y el ad quem atendió, entonces, la sanción que para aquél se contempla en el artículo 290 del Código Penal, que oscila entre 64 y 216 meses de prisión -extremos distintos a los indicados en el libelo-; luego, elaboró los cuartos respectivos y como la fiscalía dedujo una circunstancia de menor punibilidad -carencia de antecedentes penales- e imputó una de mayor punibilidad -obrar en coparticipación criminal-, se ubicó en el segundo o primer medio, para después, siguiendo los criterios del a quo, no quedarse en el extremo inferior. Observó así los lineamientos establecidos en el canon 61 del estatuto sustantivo, que señala:

...el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que

agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. (Subraya la Corte).

4.4. Por último, el libelista reclama aplicación del artículo 38 original del Código Penal, con el objeto de que a su prohijada se le conceda la prisión domiciliaria, sin embargo, partió de una lectura errada de la norma, toda vez que el requisito objetivo que en ella se exigía para otorgar ese sustituto era que «la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos».

Obsérvese que el legislador no aludió a la sanción impuesta por el juez sino a la prevista en la ley para la conducta punible de que se trate. Por manera que si la pena mínima señalada en el Código Penal para los reatos endilgados es de 64 meses, esto es, 5 años, 3 meses y 29 días, es claramente inviable conceder la domiciliaria.

La demanda será, entonces, inadmitida.

5. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, y precisadas en AP-3481-201417.

6. La admisión oficiosa del recurso.

Atendiendo los fines de la casación, instituida como un mecanismo de control constitucional y legal, que propende por la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos y la unificación de la jurisprudencia, a iniciativa de la Sala y con el específico fin de garantizar los derechos fundamentales del procesado, se habilitará el recurso, con el propósito de analizar la posible afectación de los principios de legalidad de la pena y non

bis in ídem, al momento de calcular la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y al aplicar la rebaja por el allanamiento a cargos, prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

No se convocará a audiencia de sustentación porque, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia (CSJ SP, 25 jul. 2007, rad. 27383), a ella no hay lugar cuando como en este caso la demanda no ha sido seleccionada.

Por consiguiente, una vez cumplido el plazo para la presentación del recurso de insistencia, el asunto pasará al despacho de Magistrado ponente para la elaboración del proyecto de sentencia.

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Maribel Mahecha Hernández.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Vencido dicho término, el expediente debe regresar al despacho para proferir sentencia, según el punto 6 de las consideraciones de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. acta visible a folios 16 y 17 del cuaderno del Centro de Servicios Judiciales y disco compacto contentivo de la audiencia.

2 Cfr. folios 24 a 32 del mismo cuaderno.

3 Cfr. acta obrante a folio 46 Id.

4 Folios 84 a 118 Id.

5 Folios 119 y 120 Id.

6 Folios 122 a 131 Id.

7 Folio 136 Id.

8 Folios 46 a 57 del cuaderno del tribunal.

9 Página 3 del libelo, que no está anexo a cuaderno alguno.

10 Página 4 Id.

11 Página 5 Id.

12 Página 6 Id.

13 Id.

14 Id.

15 Al igual que el juez singular, pero sin trascendencia en esta ocasión, recayó en equívoco pues indicó un solo valor por el aumento, sin precisar cuál era el monto de incremento por cada delito.

16 Página 8 del fallo.

17 Radicado 42597.