

R

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

AP5222-2018

Radicado N° 53946

Aprobado Acta No. 400.

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de LUIS RICARDO LÓPEZ GARCÍA, contra el fallo de segunda instancia que prohiriera el Tribunal Superior de Bogotá, fechado el 1 de agosto de 2018, mediante el cual confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de esa ciudad, el 12 de diciembre de 2017, condenando a su representado judicial a la pena principal de 32 meses y 12 días de prisión, en calidad de autor del delito de hurto calificado agravado. Además, se impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por lapso igual a la sanción privativa de la libertad; a su vez, le negó al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

LOS HECHOS

Aproximadamente a las dos de la tarde del 16 de abril de 2005, cuatro personas –entre ellos LUIS RICARDO LÓPEZ GARCÍA-, violentaron las cerraduras del apartamento 201 del conjunto residencial La Fontana, ubicado en la carrera 144 A N° 147 A-06, de la ciudad de Bogotá, y de allí sustrajeron un televisor de 32 pulgadas, un computador portátil, un morral, un Play Station, varias joyas de oro, un equipo de sonido para automóvil y dinero en efectivo, todo avaluado en la suma de \$14.270.000.

Sin embargo, dado que la afectada, Yadira Chinchilla Mahecha, se aprestaba a subir a su apartamento en ese preciso momento, pudo avistar a los sujetos cuando, ya fuera de la residencia, descendían por las escalas del conjunto.

De inmediato pidió ayuda de los vecinos del sector y pudo obtener, no solo la captura de LÓPEZ GARCÍA, sino la recuperación de los bienes, que fueron abandonados en su huida por los compañeros de este.

DECURSO PROCESAL

Dada su captura flagrante, con fecha del 17 de abril de 2015, ante el Juzgado 18 Penal

Municipal de Bogotá, fue legalizada la aprehensión de LUIS RICARDO LÓPEZ GARCÍA.

Allí mismo se le imputó el delito de hurto calificado y agravado, al cual no se allanó. No se solicitó la imposición de medida de aseguramiento.

El 12 de mayo de 2015, fue presentado escrito de acusación, repartido al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Bogotá, despacho judicial que adelantó la correspondiente audiencia de formulación de acusación el 7 de julio de 2015.

Allí se atribuyó a LUIS RICARDO LÓPEZ GARCÍA, el delito de hurto calificado agravado, contenido en los artículos 239, inciso segundo (valor inferior a diez salarios mínimos mensuales), 240, numerales 1° (con violencia sobre las cosas) y 3° (con penetración arbitraria), y 241, numeral 10° (pluralidad de personas), del C.P.

La audiencia preparatoria fue celebrada el 29 de septiembre de 2015.

Entre los días 7 de diciembre de 2015 y 22 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia de juicio oral, a cuya finalización el juzgado anunció sentido del fallo condenatorio.

El 2 de diciembre de 2017, se profirió la sentencia de primer grado, apelada oportunamente por el defensor del acusado.

Con fecha del 1 de agosto de 2018, el Tribunal de Bogotá emitió sentencia de segundo grado en la cual confirmó en su integridad lo decidido por el A quo.

En contra de esta decisión interpuso la defensa el recurso extraordinario de casación, en escrito que ahora se analiza en su corrección argumentativa y debida fundamentación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Cargo primero

Dice el casacionista que acude a la causal contemplada “en el artículo 457, Título VI de la Ley 906 de 2004”, por el que estima “error en la formulación jurídica de la imputación”, dada la incompatibilidad entre los hechos y su denominación jurídica.

Todo ello, para argumentar que lo sucedido no corresponde a un delito consumado de hurto, sino a la modalidad tentada del mismo, dado que los bienes no ingresaron “al patrimonio económico del acusado”, o mejor “no pudieron ser aprovechados” por él.

Esto por cuanto, afirma, a los autores del hurto se les sorprendió cuando apenas pretendían abandonar el edificio donde se ubica el apartamento objeto de incursión por ellos. Entiende, así, que “los bienes se encontraban en la esfera de custodia de la dueña”.

Cita el contenido del artículo 239 del C.P., que tipifica el hurto, para de allí destacar el verbo rector “apoderar” y la finalidad específica de “obtener provecho”, que luego confronta con la redacción del artículo 22 ibídem, atinente a la modalidad tentada de la conducta punible.

Así, advierte que su defendido nunca estuvo en capacidad de disponer de los bienes que buscó allegar a su patrimonio, esto es, repite “en ningún momento tuvo la oportunidad de tener provecho alguno de los bienes”, de lo que se sigue que “en sana lógica no debiera tener igual tratamiento quien logra apoderarse de los bienes y disponer de ellos obteniendo así el provecho ilícito perseguido; que aquél que no alcance a traspasar siquiera los límites de la esfera de custodia de la víctima”.

Considera el demandante que, en la audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía sobredimensionó lo ocurrido, razón por la cual su defendido no se allanó a cargos.

Entiende, por ello, que la trascendencia del yerro estriba en que la formulación de imputación desbordada impidió que el procesado aceptara su responsabilidad en lo ocurrido.

2. Cargo segundo

Lo inscribe el casacionista dentro de la causal primera inserta en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial, radicada en no haber otorgado al acusado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Considera el recurrente, al efecto, que no existe norma en la cual amparar la negativa a otorgar el beneficio; máxime cuando se trata, el procesado, de una persona joven, sin antecedentes penales, que merece “que las normativas que reglan la libertad no sean interpretadas de manera restrictiva sino de manera favorable aplicando el principio pro homine”.

Señala, entonces, que debe hacerse valer lo dispuesto en los artículos 28 de la Carta Política, en cuanto, dispone como fundamental el derecho a la libertad; y el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, que regula la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Y si bien, dice, no desconoce que para el delito de hurto calificado agravado, se dispone expresa prohibición de obtener dicho beneficio, porque así lo impide el artículo 68 A del C.P., debe acudirse a la posición que respecto del tema tiene una Sala de Decisión del Tribunal de Bogotá, que cita en dos párrafos.

En el acápite destinado a demostrar la trascendencia del error, advierte apenas que se coartó la posibilidad de que el procesado disfrutara de su libertad y pide que la Corte unifique su criterio sobre la postura adoptada por el Tribunal en la decisión que citó.

A manera de petición general, solicita de la Sala que case el fallo atacado para efectos de decretar la nulidad de todo lo actuado desde la formulación de imputación, o en su defecto, que se otorgue al acusado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero

Cuando se acude al mecanismo especial de la casación, surge elemental, en atención a su naturaleza y fines, señalar cuál de las causales insertas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, es la que se entiende conformar el cargo postulado.

En lugar de ello, el recurrente se remite al contenido del artículo 457 de la misma obra, que regula las causales de nulidad, como si de verdad ello supliera la causal específicamente delimitada en la norma que regula el asunto.

Se entendería, entonces, que si lo buscado es demostrar una violación procesal o de garantías que conduzca a la nulidad de lo actuado, debió acudir al numeral segundo del artículo 181 en cita, referido al desconocimiento del debido proceso por afectación de su estructura o de las garantías debidas a las partes.

Independientemente de la omisión, la referencia a una causal de nulidad impone al recurrente demostrar que efectivamente se materializó un vicio trascendente que afectó, para el caso, al acusado, de tal entidad que obliga retrotraer el asunto a una fase germinal.

En ese cometido, el impugnante sostiene que en la formulación de imputación se presentó un yerro de enorme entidad, soportado en que la Fiscalía “infló” el cargo atribuido al allí imputado, pues, pese a tratarse de un delito tentado, lo dijo consumado.

Empero, la tesis del recurrente se muestra fallida en lo procedimental y lo sustancial.

Lo primero, porque hace radicar la trascendencia del supuesto yerro en que de haber sido presentado el cargo adecuadamente, esto es, como tentativa de hurto calificado agravado, el imputado lo habría aceptado, con la consecuente reducción punitiva y ahorro para la

justicia.

Es evidente que lo presentado por el demandante carece de cualquier asidero fáctico o probatorio, como quiera que se hace radicar en una simple especulación imposible hoy de demostrar.

Esto es, nada dentro de lo recogido en las carpetas o adelantado en las audiencias preliminares y del juicio, permite colegir que, de verdad, el procesado estaba dispuesto a aceptar los cargos si ellos contemplasen la modalidad imperfecta de tentativa, en cuyo caso se obligaría de la invalidez para permitir realizar de nuevo la audiencia de imputación.

Por lo demás, si se entiende que la audiencia de formulación de imputación es por esencia provisional en lo que corresponde a la determinación típica de los hechos, al punto que la misma puede variarse en la acusación, siempre y cuando no se formulen nuevos cargos o se varíe la delimitación fáctica de lo ocurrido, es claro que ningún factor de invalidez opera por el hecho de que en ese espacio procesal la fiscalía estimase consumado el delito, razón suficiente para desestimar lo propuesto por el recurrente.

Pero, además, ya en un plano sustancial, si se dijera que el cargo puede mutarse hacia la violación directa de la ley, en el entendido que los hechos reflejan un delito tentado y no consumado que obligaba acudir al artículo 27 del C.P., desconocido por el Tribunal, tampoco tiene buena fortuna lo planteado por el casacionista, dado que en lugar de adelantar un estudio dogmático integral respecto de esa modalidad, apenas esboza un particular examen de lo que el tipo penal de hurto establece, para de allí colegir que la falta de obtención efectiva del provecho querido, elimina la posibilidad de estimar consumada la ilicitud.

Es evidente, significa la Sala, que el demandante confunde la naturaleza de la consumación con la del agotamiento, desconociendo que no se requiere de los segundo para que se estime perfecto el delito de hurto.

En otras palabras, el provecho que dice el recurrente no obtuvo efectivamente el acusado, se confunde con la fase de agotamiento del delito, posterior a su consumación y, por ende, ajena a los efectos que quiere ahora entronizar.

Por lo demás, la simple confrontación gramatical de lo contemplado en el artículo 239 (hurto) del C.P., permite verificar inconcuso que lo reclamado allí para definir completa la conducta, no es que se obtenga el provecho querido, sino que el delito se cometa “con el propósito” de obtenerlo, esto es, que exista una finalidad específica de claro contenido patrimonial, independientemente de que se alcance.

La naturaleza consumada o tentada de la ilicitud, entonces, no reposa en ese fin particular, sino en el apoderamiento o no del bien, a cuyo efecto debe precisarse si lo ejecutado alcanzó ese grado.

En este sentido, ya la Corte ha construido amplia y pacífica jurisprudencia, en la cual se fija el criterio que debe gobernar el examen del asunto.

Ello, precisamente, fue lo que abordó el fallador de primera instancia, quien detalló las razones por las cuales debe estimarse consumado el delito, entre ellas, que los ejecutores ya habían sacado los bienes de la órbita de protección de su propietaria, pues, alcanzaron a abandonar con estos en su poder el apartamento en el cual reposaban.

El demandante pretende soslayar esa verdad inconcusa a partir del expediente de equiparar el edificio donde se ubica el apartamento, con el interior del mismo, para así concluir que los elementos sustraídos no habían salido de dicha esfera de custodia.

Nunca explica, sin embargo, por qué pueden confundirse ambos espacios o de qué manera ya tomados los bienes por los ejecutores del delito, con pleno dominio y disposición de estos, su propietaria podía tener aún la custodia.

Que el acusado fuese sorprendido cuando, ya en poder de los bienes, se repite, buscaba ponerlos a buen recaudo, no cambia de ninguna manera la perspectiva de consumado que se atribuye al punible, en tanto, cabe reiterar, asunto distinto es que pudiera o no gozar patrimonialmente de ellos, aspecto que remite al agotamiento, etapa posterior a la de la consumación.

Por lo expuesto, el primer cargo será inadmitido.

Cargo segundo

El demandante resalta que el Tribunal aplicó indebidamente la ley sustancial porque, en su sentir, debió acudir a principios constitucionales en aras de examinar de forma benigna la norma, artículo 68 A del C.P. que dice no desconocer, en la cual expresamente se prohíbe conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en el delito atribuido al acusado.

Sin embargo, el cargo decae desde su base, pues, en lugar de demostrar el demandante, desde una perspectiva eminentemente jurídica, que la norma admite una interpretación diversa a la que su texto literal contiene, prefiere acudir, sin ningún desarrollo, a principios constitucionales -restricción excepcional de la libertad-, o de estirpe internacional -pro homine-, para de allí, sin más, extraer que debe otorgarse al procesado el sustituto en cuestión.

Incluso, en aras de soportar su afirmación el recurrente antepone cuestiones como la buena conducta anterior o corta edad de su prohijado judicial, sin norte argumental o detalle de conexidad respecto de la prohibición.

Finalmente, sostiene que una sala del Tribunal de Bogotá ha razonado como él lo hace, sin preocuparse siquiera por establecer en qué radica la mayor razonabilidad de esa tesis o cómo ella encuadra fácticamente en el caso aquí examinado.

Es claro, así, que el impugnante divaga por distintos elementos argumentales, sin consolidar ninguno ni soportar la razón por la cual debe entenderse que, en efecto, el Tribunal desatendió su esencia al aplicar lo que la norma consigna.

Cuando más, lo presentado en el cargo por el recurrente se erige en particular e interesada postura acerca de la necesidad de inaplicar la norma, pero jamás representa alegato adecuado para verificar errada la interpretación que al respecto adelantaron las instancias.

Para culminar, es necesario precisar que con independencia de lo que sobre el particular estima una sala de decisión del Tribunal de Bogotá, esta Corporación, en su labor de unificar la jurisprudencia¹, ya ha fijado postura sobre el tema, de la siguiente manera²:

En efecto, en el auto AP3358-2015, jun. 17, rad. 46031, posición que fue reiterada en las sentencias de casación SP11235-2015, ago. 26, rad. 45927, y SP4498-2016, abr. 13, rad. 44718; se advirtió que es indiscutible la existencia de la prohibición según la cual el subrogado en mención no es procedente, como tampoco lo es la prisión domiciliaria, para quienes sean condenados por uno de los delitos relacionados en el segundo inciso del artículo 68A. Las razones expuestas desde el AP3358-2015 para sostener esa postura, que mantiene su vigencia, fueron:

1. Dicho precepto excluye la concesión de toda clase de beneficios y de subrogados penales, salvo los que deriven de las formas legales de colaboración efectiva, en relación a una serie de conductas punibles, entre las cuales se encuentra la de hurto calificado. De esa manera, emerge diáfana la restricción legal a partir del tenor literal.
2. Esa prohibición se refiere a los delitos objeto de la sentencia condenatoria en el proceso actual y no a los que constituyan antecedentes penales, pues en relación a éstos últimos la exclusión ya se encuentra contemplada en el inciso primero del artículo 68A sustantivo, cuando se refiere a condenas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores. Una interpretación diferente tornaría en repetitivo y, por ende, inútil el segundo párrafo de la

norma en cita, por lo que sería el entendimiento menos racional.

3. El artículo 68A original sobre «exclusión de beneficios y subrogados» fue introducido por la Ley 1142 de 2007 y su presupuesto exclusivo era la reincidencia, tal y como lo declaró la Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 2008. Luego, la Ley 1474 de 2011 incluyó un criterio restrictor adicional al de la existencia de antecedentes penales: la naturaleza del delito objeto de sanción². De esa manera, una serie de conductas ilícitas especialmente desvaloradas fueron definidas por dicho estatuto como excluidas de sustitutos de la pena de prisión y la misma senda siguieron, ampliando el catálogo, las leyes 1453/11 y la 1709/14 –también lo hizo después la 1773/16-.

4. Si bien uno de los objetivos de la Ley 1709 de 2014 fue el de que se utilizaran las «penas intramurales como último recurso»; ha de recordarse que el segundo inciso del artículo 68A que excluye esa posibilidad frente a determinados delitos, fue adoptado y desarrollado por estatutos legales que respondían, por el contrario, a la necesidad de fortalecer, entre otros, los mecanismos judiciales de lucha contra determinadas formas de comportamientos criminales (la corrupción en la Ley 1474 y la delincuencia común en la Ley 1453, ambas de 2011).

5. Por último, la interpretación sistemática de los artículos 63 y 68A (parágrafo 2º) del C.P. permite colegir, sin dificultad alguna, que las hipótesis en que procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena son las siguientes: a) Que la persona sea condenada a pena inferior a 4 años de prisión, por un delito diferente a los excluidos y no tenga antecedentes; y b) Que la persona sea condenada a igual pena, tiene antecedentes dentro de los 5 años anteriores por delitos dolosos diferentes a los excluidos, y no es necesaria la ejecución de la pena según la valoración que realice el juez.

Así las cosas, siendo que el delito por el cual se condenó a CIRO ARMANDO JAIMES ACEVEDO, JAIME FABIÁN PACHECO CALZADA y JAVIER OSWALDO ORTIZ NIEVES fue el de

hurto calificado y éste se encuentra excluido de beneficios y subrogados, conforme al artículo 68A, inciso 2º; es evidente que ningún error de interpretación cometió el Tribunal Superior de Yopal al confirmar la sentencia de primera instancia que resolvió negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión que les fue impuesta, con base en la razón anotada. Por el contrario, esa corporación se ajustó plenamente al sentido y alcance correctos de los artículos 63 y 68A del C.P.

Nada más es necesario para verificar la improcedencia de lo planteado por el recurrente y, consecuentemente, la necesidad de inadmitir el segundo cargo y en general la demanda, dado que la Corte no observa en el trámite procesal o el contenido de los fallos, irregularidades trascendentes que afecten derechos de las partes y obliguen su intervención oficiosa.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de LUIS RICARDO LÓPEZ GARCÍA, en seguimiento de 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 punto3.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Artículo 180, Ley 906 de 2004

2 Radicado 51095, del 29 de noviembre de 2017

3 AP, 12 dic. 2005, rad. 24322; AP, 7 sep. 2006, rad. 25891; AP, 13 sep. 2006, rad. 25790; AP, 24 ene. 2007; AP, 15 may. 2008, rad. 29251; AP, 9 jun. 2008, rad. 29529; AP, 4 mar. 2009, rad. 31109; AP, 14 sep. 2009, rad. 32256; AP, 24 mar. 2010, rad. 32730; AP, 7 mar. 2012, rad. 37888; AP, 25 jun. 2014, rad. 42597; AP7224-2014, rad. 39900; SP11156-2015, rad. 45305; entre otros.