

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP2433-2018

Radicado n.º 50860

(Acta n.º 211)

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018).

La Sala examina, de forma oficiosa, si se vulneraron garantías fundamentales en el trámite de la referencia, seguido en contra de TILCIA DÍAZ RODRÍGUEZ.

H E C H O S

Fueron reseñados en pretérita ocasión, de la siguiente manera:

«La presente investigación se inició en virtud a la información suministrada por la ciudadanía el 17 de octubre de 2013, relacionada con la existencia de una organización criminal dedicada a la compra masiva de celulares hurtados, los cuales eran liberados por un ciudadano de nacionalidad alemana y/o enviados a los vecinos países de Ecuador y Perú, mencionando los nombres de personas y aportando abonados móviles utilizados presuntamente por la organización.

Cabe anotar que los integrantes de la organización realizaban la actividad de liberación, subiendo números de identificación -IMEI- a la base positiva de las empresas telefónicas de móviles, coordinando las liberaciones vía telefónica y utilizando la aplicación de mensajería

instantánea wash (sic) o la red social Facebook, cobrando entre \$70.000 y \$130.000 por equipo. En algunas ocasiones se valían de cajas electrónicas y software especializado para lograr la modificación de los IMEI de los teléfonos celulares, a fin de dejarlos con IMEI sin reporte, por hurto, pérdida o extravío. En otras palabras, generaban reportes falsos por las mismas razones, a empresas diferentes. Posteriormente, otro integrante de la estructura criminal registraba tarjetas SIM preactivadas y lavadas a nombre de terceros, permitiendo que al levantar el reporte falso por hurto o extravío, levantara el primer reporte realizado por la víctima, quedando el equipo activado sin reporte en su IMEI.

Dentro de las actividades investigativas se estableció la participación activa de TILCIA DÍAZ RODRÍGUEZ, en la comisión de tales conductas punibles».

ANTECEDENTES

1. El 19 de febrero de 2016, la Fiscalía 34 Especializada de Bogotá presentó escrito de preacuerdo cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 56 Penal del Circuito de esa ciudad que, el 18 de octubre siguiente, le impartió aprobación. Así, el 13 de diciembre del mismo año, ese estrado judicial dictó sentencia a través de la cual le impuso a TILCIA DÍAZ RODRÍGUEZ las penas principales de prisión por ciento treinta (130) meses, multa de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la sanción privativa de la libertad, como cómplice responsable de los delitos de concierto para delinquir, receptación agravada y manipulación de equipos terminales móviles (artículos 340, 447, inciso 2.º, del Código Penal y 105 de la Ley 1453 de 2011). Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.¹

2. Apelada esta determinación por la defensa, fue modificada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal- el 26 de mayo de 2017, que fijó la prisión en setenta y ocho (78) meses y la multa en ocho punto cinco (8.5) salarios mínimos legales mensuales,

confirmándola en lo demás.²

3. Interpuesto el recurso extraordinario de casación, la Corte lo inadmitió con auto del 16 de mayo de 2018, proveído en el que se dispuso que las diligencias regresaran al despacho del Magistrado Ponente para examinar la probable vulneración de garantías fundamentales, frente a la dosificación de la prisión por encima del límite previsto en el artículo 31 del Código Penal.³

4. Cumplido el término para agotar el trámite de insistencia sin que se hubiese hecho uso de tal facultad, se procede a resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con lo puntualizado en el citado auto del 16 de mayo de 2018, en este asunto el ad quem, al redosificar la pena impuesta a la procesada por el concurso de conductas punibles de concierto para delinquir, receptación agravada y manipulación de equipos terminales móviles, superó el quantum máximo previsto para el efecto. Véase:

1. Luego de fijar la sanción imponible para cada una de dichas infracciones, en los términos del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y DÍAZ RODRÍGUEZ, el Tribunal procedió al cálculo de la sanción definitiva en estas condiciones:

«Por la receptación agravada se impondrán las sanciones de 36 meses de prisión y multa por 3.5 smlmv. Se observa que aquella conducta es la más grave, dado que por el concierto se impondrán 24 meses de prisión y por la manipulación de equipos terminales móviles 36 meses de prisión y multa por 3 smlmv.

Si ello es así, teóricamente la punición del concurso podría avanzar hasta 36 aumentada hasta en otro tanto; claro está siempre que tal operación no supere la suma aritmética entre 36, 24 y 36.

Dentro de ese margen de legalidad, por haberse cometido la receptación agravada en concurso homogéneo, se adicionarán 20 meses de prisión, por el concierto para delinquir se agregarán 10 más, y por la manipulación de equipos terminales móviles se adosarán 12 meses más; para una pena privativa de la libertad definitiva de 78 meses de prisión (obtenidos de la sumatoria de 36 más 20 más 10 más 12)».4

2. El principio de legalidad implica la formulación previa de la ley, en la que deben aparecer no sólo descritos de manera clara y detallada los comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos se reputan delictivos, sino también su respectiva consecuencia jurídica. Así, esa definición es límite para el Estado y garantía para el ciudadano, por ello el operador jurídico debe acatar el marco de punibilidad previsto en el tipo penal ponderando los criterios que la misma ley prescribe para su cuantificación.

En acatamiento y desarrollo de ese derecho superior, de rango universal, el legislador consagró que en materia de concurso de ilicitudes el sujeto agente que incurra en varias infracciones a la ley penal «quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las debidas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas» (Resaltado de la Sala).

En esa secuencia, ha dicho la jurisprudencia que tratándose de concurso de delitos la punibilidad de las conductas concurrentes no es autónoma, ni discrecional, sino que se determina con fundamento en la disposición que establezca el monto más grave, de modo tal que el quantum que constituye el referente en esta clase de hipótesis equivale a la sanción prevista para el tipo base, «aumentada hasta en otro tanto»:

“El artículo 31 de la Ley 599 de 2000, prevé que a quien con una sola acción o una omisión, o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, se le impondrá una sanción equivalente a la prevista para la pena

más grave, aumentada “hasta en otro tanto”, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, debidamente dosificados cada uno de ellos, y sin que la privación de la libertad exceda de los 40 años de prisión, si se trata de un hecho ocurrido antes de la Ley 890 de 2004, pues esta aumentó hasta 60 años ese marco máximo. [...] Sobre este precepto, la jurisprudencia de la Sala ha extractado las siguientes conclusiones:

El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”.

La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibídem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]

Es a partir de dicha “pena más grave” con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto “hasta en otro tanto”. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave [Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458].

El incremento de “hasta en otro tanto” de “la pena más grave” no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en

concurso, de conformidad con lo que prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 [Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987].

En todo caso, la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino tiene que representarle una ventaja sustancial al procesado [...]. (CSJ SP 14845-2015)

3. De esta manera, surge que en el sub examine, si la pena más grave era la correspondiente al delito de receptación agravada (36 meses), el incremento aplicable por cuenta del concurso de ilicitudes no podía superar ese guarismo que constituye el «hasta otro tanto» al que se refiere el artículo 31 del Código Penal. Sin embargo, y pese a que así lo anotó el Tribunal en sus consideraciones, impuso por el concurso 42 meses, excediendo el límite señalado en el canon en comento.

En consecuencia, debe ajustarse la sanción irrogada a ese baremo, lo que arroja una sumatoria de setenta y dos (72) meses (el doble de la pena en concreto del delito más grave), quantum que por demás no supera la suma aritmética que correspondería para cada una de las infracciones en las que incurrió la procesada DÍAZ RODRÍGUEZ.

4. La multa se mantendrá incólume, atendiendo que el artículo 39, numeral 4.º, del Código Penal, indica que «en caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder el máximo fijado en este artículo para cada clase de multa».

Entonces, ya que aquella se fijó en 8,5 salarios mínimos legales mensuales, se avizora que su tasación no superó los topes contemplados en dicha disposición.

5. Por último, valga acotar que las demás determinaciones adoptadas en el proveído de

segundo grado no serán objeto de modificación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE DE OFICIO la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal- el 26 de mayo de 2017.

SEGUNDO: FIJAR la pena de prisión impuesta a TILCIA DÍAZ RODRÍGUEZ en setenta y dos (72) meses, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Aclarar que el fallo impugnado se mantiene incólume en todo lo demás.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso

Cópiese, notifíquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

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 Cfr. Folio 290 cuaderno actuación.
- 2 Cfr. Fl. 17 cuaderno Tribunal.
- 3 Fl. 6 y s.s. cuaderno Corte.
- 4 Cfr. Fl. 28 sentencia segunda instancia / Fl. 44 cuaderno Tribunal.