

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP3073-2015

Radicación N° 45.266

Aprobado acta N° 105

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 30 de septiembre de 2011, el Juez 23 Penal del Circuito de Cali absolvió a las señoras Betsy Viviana Llanos y Consuelo Isabel Díaz Muñoz de los cargos que les había formulado la Fiscalía, cuyo delegado recurrió la decisión.

El 26 de septiembre de 2014 el Tribunal Superior de la misma ciudad la revocó. En su lugar, declaró a las acusadas cómplices penalmente responsables del delito de hurto calificado agravado y coautoras del de porte de armas de fuego. Les impuso 222 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La señora Díaz Muñoz y los defensores interpusieron casación, recurso que solo sustentó el apoderado de aquella.

En auto del pasado 18 de febrero, la Sala inadmitió la demanda de casación, pero

dispuso pronunciarse oficiosamente sobre posible vulneración de los derechos de la acusada en la aplicación de la pena.

HECHOS

Aproximadamente a las 7 de la noche del 12 de noviembre de 2010, Manuel Antonio Barreto Vanegas, acompañado de su hermano Ancízar José, llegó a las dependencias del Banco AV Villas, sucursal Unicentro de Cali, a cambiar un cheque, tras lo cual salió y abordó un taxi y en la autopista suroriental con carrera 34 fue interceptado por dos hombres que se desplazaban en una motocicleta y, luego de intimidarlo con un revólver, lo despojaron de un maletín en donde llevaba su teléfono móvil y \$ 3.900.000 en efectivo.

A eso de las 8:30 de la noche de ese día, agentes de la Policía Nacional que patrullaban el sector observaron dos hombres en una moto pasar a alta velocidad, llevando el parrillero un maletín. Decidieron seguirlos y en la calle 12 con carrera 34 el parrillero se bajó, guardó un arma de fuego en la pretina del pantalón y abordó un taxi que lo esperaba.

Los agentes requisaron a los ocupantes del carro, encontraron el revólver en el asiento derecho de la parte trasera, donde estaba el parrillero de la moto, Yeison González Ortega; al lado de este se encontraba Betsy Viviana Llanos. El conductor del taxi, Hamilton Marino Cabezas Angulo, aseveró haber sido contratado para realizar la carrera; a su lado estaba Consuelo Isabel Díaz Muñoz. En el interior del taxi, lado derecho, fue hallado el maletín, en cuyo interior estaba el teléfono móvil.

Ocurrido el primer episodio, Ancízar José marcó al abonado telefónico y, al agente del orden que le contestó, le refirió el hurto de que había sido objeto, indicándole el uniformado que se hiciera presente en la estación, lugar en el cual afirmó que una de las dos mujeres aprehendidas estuvo en el banco haciendo fila cuando su hermano hacía efectivo el cheque.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 13 de noviembre de 2010, ante el Juez 3º Penal Municipal de Control de Garantías de Cali, la Fiscalía formuló imputación en contra de los cuatro sindicados por los delitos de hurto calificado agravado y porte de armas de fuego.

El señor González Ortega se allanó a los cargos y, respecto de Cabezas Angulo, se solicitó la preclusión.

2. El 7 de diciembre siguiente la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de Llanos y Díaz Muñoz como coautoras del concurso de delitos señalados, previstos en los artículos 239, 240, inciso 2º, y 241, numeral 10 (el hurto), y 365 (el porte de armas) del Código Penal.

3. Luego de realizadas las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral, fueron emitidas las sentencias reseñadas.

4. El pasado 18 de febrero la Corte inadmitió la demanda de casación y dispuso estudiar lo relacionado con la dosificación punitiva porque, al parecer, se habría deducido una causal de agravación, no imputada en la acusación, e irrespetado el principio de legalidad en la dosificación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala casará, oficiosa y parcialmente, la sentencia del Tribunal. Las razones son las siguientes:

1. En el escrito de acusación la Fiscalía imputó a las sindicadas coautoría en los delitos de hurto calificado agravado previsto en los artículos 239, 240, inciso 2º, y 241, numeral 10, del Código Penal, y porte de armas de fuego, tipificado en el artículo 365, numeral 1º. En

la audiencia respectiva, ratificó lo anterior y agregó que el agravante del artículo 365, numeral 1º, era “por la utilización de medios motorizados”.

2. El Tribunal adecuó el atentado contra el patrimonio económico a los artículos 239, 240, numeral 2º, y 241, numeral 10.

Se evidencia un yerro, en tanto la acusación se limitó a indicar normas, sin concretar si los hechos podían adecuarse a una o a varias de las hipótesis previstas en ellas, pero lo que surge claro es que la Fiscalía señaló el artículo 240, inciso 2º, que hace referencia a cuando el delito se comete con violencia sobre las personas, lo cual podría tener el alcance del empleo de arma de fuego para intimidar a la víctima.

Lo que deriva obvio es que la acusación jamás señaló el numeral 2º, como que en la descripción del artículo 240 este hace parte del inciso 1º (no del 2º que fue el imputado por la acusación) y apunta a varias hipótesis (colocar a la víctima en indefensión, o inferioridad, o aprovecharse de ellas), ninguna de las cuales fue argumentada jurídica ni probatoriamente ni en la acusación ni en el fallo, luego mal podían deducirse.

3. En esas condiciones, parece (porque, salvo la cita de la norma, no hubo claridad plena al respecto) que la acusación dedujo el hurto calificado en los términos del artículo 240, inciso 2º, pero el Tribunal lo descartó; a la vez, el juez colegiado imputó el calificante del numeral 2º del inciso 1º del artículo 240 que la acusación jamás imputó.

De todo ello deriva que en respeto irrestricto del principio de congruencia no hay lugar a aplicar la punibilidad del artículo 240, pues debe descartarse la norma aplicada por el Tribunal (en atención a que no la dedujo la Fiscalía), pero tampoco se puede dar cabida a la señalada por la acusación, porque el juzgador la descartó y la Corte no puede enmendar ese yerro en virtud del mandato superior que prohíbe la reforma en perjuicio del apelante único, de que trata el artículo 31 constitucional.

Así, el delito contra el patrimonio económico debe aplicarse en los términos del artículo 239 (hurto simple), agravado según el artículo 241.10.

4. Respecto del porte de armas, el escrito acusatorio se limitó a citar el numeral 1º del artículo 365 y solo en la formulación de la acusación aclaró que ello obedecía a la utilización de medios motorizados.

La mención final nada aporta sobre la claridad fáctica y jurídica que debe tener el cargo, pues, de una parte, la reseña de los hechos demuestra que se utilizaron dos medios de locomoción, una moto y un taxi, y no se hizo salvedad alguna respecto de cuál de los dos usos se imputaba o si se traba de los dos.

De otra, y es lo que marca la trascendencia del error, se tiene que para agravar el porte de armas en términos de la norma citada, esto es, por la utilización de medios motorizados, se requiere que el vehículo resulte necesario, indispensable para que el elemento bélico pueda, en este caso, portarse y pasar desapercibido. Así, parecería necesario que al medio de transporte se le hubiesen acondicionado aditamentos (caletas) para esconder el arma.

Nada de lo anterior sucedió en este evento, pues en el juicio se demostró que, cuando los agresores se subieron a la motocicleta, el revólver lo llevaba uno de ellos en la pretina de su pantalón y así se bajó de esta y se subió al taxi, habiéndose encontrado el arma al lado del sindicado en el asiento del automotor, de donde deriva que en ninguno de los dos supuestos el vehículo resultó necesario para llevar el elemento.

La jurisprudencia de la Sala ha sido clara al respecto, como se lee a continuación (CSJ SP, 23 de mayo de 2012, radicado 32.173):

“Es decir, al hecho objetivo de que el autor del ilícito utilice un medio motorizado en la ejecución del punible contra la seguridad pública examinado, debe sumársele la

demostración de que dicho medio haya sido empleado con conocimiento y voluntad de que facilitaría la fabricación, el tráfico, el transporte, la distribución, la venta, el suministro o el porte del arma de fuego o de las municiones; lo cual implica determinar los elementos de convicción que así lo evidencian y los argumentos que conducen a dar por establecido tanto el tipo objetivo como el subjetivo de porte ilegal de armas en su modalidad agravada.

La jurisprudencia de la Sala ha estimado que para la configuración de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 1 del artículo 365 de la ley 599 de 2000, relativa al empleo de medios motorizados en la realización típica del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, debe predicarse una manifiesta relación de causalidad entre la acción de portar el arma y la utilización del automotor, de manera que implique en el caso concreto una mayor afectación al bien jurídico de la seguridad pública, que es el que la norma pretende proteger:

“[...] resulta diáfano concluir que la circunstancia modificadora de la punibilidad, entre otros, por la utilización de medios motorizados parte del supuesto de que portar un arma de fuego en tal situación fáctica hace más potencial la lesión al bien jurídico protegido, habida cuenta que desde un vehículo o unidad motorizada se puede más fácilmente atentar contra la paz y la convivencia social integrada en la seguridad pública. No obstante, para dicha conclusión tiene que haber una valoración de la relación causal entre el verbo rector desplegado por el sujeto y dicha circunstancia y la verificación que esa era su voluntad (dolo) que le imprimió particular contenido a su comportamiento”¹

En este orden de ideas, con atribuir desde el punto de vista fáctico que el sujeto agente portaba un arma de fuego dentro de un vehículo motorizado, de ninguna manera está justificando la tipificación de la causal de agravación en comento, pues los funcionarios judiciales deben valorar dentro de las circunstancias fácticas que rodearon a la conducta,

un nexo del que se derive que el porte del arma dentro del vehículo determinó en el caso concreto que la vulneración a la seguridad jurídica se incrementó2”.

En estas condiciones, el porte de arma de fuego debe adecuarse al inciso 1º del artículo 365 del Código Penal, sin el agravante de su numeral 1º.

5. Lo anterior comporta que la sanción a imponer deba ser redosificada, para lo cual deben respetarse los lineamientos del Tribunal que partió de la sanción mínima del delito más grave, el porte de armas (216 meses) y aumentó 6 meses por el hurto.

Trasladados esos criterios, se tiene: el delito más grave, que debe ser tenido como base para el concurso, es el porte de armas del inciso 1º del artículo 365 penal, pues señala una pena mínima de 9 años (108 meses) de prisión (el hurto agravado tiene un tope menor de 4 años) y como ese monto equivale a la mitad de aquel desde el cual partió el Tribunal, se trasladará ese quantum por el delito concurrente de hurto (la mitad de 6, es decir, 3 meses), para un total de 111 meses.

El fallo se casará para ajustar las penas a los montos señalados.

6. Lo expuesto permite a la Corte hacer un llamado de atención a jueces, fiscales y magistrados para que pongan mayor diligencia en el ejercicio de sus funciones, pues no se deben dedicar a citar una larga lista de disposiciones (como para que el lector “adivine” a qué corresponde cada una), sino que respecto de cada una de ellas deben argumentar los hechos probados para esa tipificación, además de que deben hacer un adecuado manejo de la técnica legislativa, en tanto se les impone distinguir numerales, incisos, párrafos, etc.

Consecuente con lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Casar, oficiosa y parcialmente, la sentencia del 30 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Cali, exclusivamente para descartar las causales del artículo 240 del Código Penal y, en consecuencia, dejar en 111 meses la pena de prisión que las señoras Betsy Viviana Llanos y Consuelo Isabel Díaz Muñoz deben cumplir como responsables de los delitos de hurto agravado (no calificado) y porte de arma de fuego por los que fueron condenadas.

En lo restante, el fallo permanece vigente.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Casación del 10-11-05 Rad. 20665

2 Casación del 27-10-08 Rad. 29979