

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

MAGISTRADO PONENTE

SP7278-2015

Radicación N° 40370

Aprobado acta N° 205

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil quince (2015).

I. V I S T O S

La Sala se pronuncia sobre el recurso extraordinario de casación presentado en nombre de Edid Johana Reyes Caro, contra la sentencia proferida por el Juzgado 41 Penal del Circuito de Bogotá, que modificó la pena de prisión, concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena y confirmó en lo demás la emitida por el Juzgado 18 Penal Municipal de la misma ciudad, que la condenó por el punible de hurto agravado continuado.

II. A N T E C E D E N T E S

1. Se conocieron los hechos a través de la denuncia que el 5 de febrero de 2003 interpuso Luis Germán Núñez Castellanos, contra quien fuera su empleada del servicio doméstico para la época, Edid Johana Reyes Caro, a quien sindicó que en octubre del 2002 le sustrajo entre 40 y 60 mil pesos, en noviembre 50 mil pesos, a comienzos de

febrero del siguiente año 70 mil pesos, igualmente se apoderó en ese periodo de 600 dólares, una medalla y dos anillos de oro que pertenecían a su ex esposa, los que tenía bajo llave habiendo sido forzada la chapa. La medalla y un anillo fueron recuperados en dos establecimientos de compraventa según los recibos entregados por la empleada. Los daños los cuantificó en \$2.600.000.

2. La Fiscalía 85 de la Unidad Local Sexta Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Bogotá calificó el mérito del sumario, el 12 de octubre de 2006, con resolución de acusación contra Edid Johana Reyes Caro como presunta autora del delito hurto agravado (artículos 239, 241-2 del Código Penal).

3. Las diligencias fueron asignadas al Juzgado Octavo Penal Municipal de Bogotá, despacho que mediante proveído del 4 de diciembre de 2009 decretó la nulidad de la actuación a partir, inclusive, de la resolución de acusación, tras considerar que como varios elementos fueron sustraídos ejerciendo violencia sobre las cosas, debía imputarse la circunstancia prevista en el artículo 240-1 del código de las penas.

4. Reasignado el asunto a la Fiscalía 96 Delegada ante los Juzgados Penales Municipales, ésta decretó la nulidad de la resolución que ordenó la vinculación como persona ausente a la señora Edid Johana Reyes Caro (1º de marzo de 2010), la escuchó en indagatoria (29 de abril de 2010), cerró la investigación (18 de mayo de 2010) y calificó el mérito del sumario con resolución de acusación (10 de agosto de 2010), como presunta autora de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo y sucesivo "... art 239, art. 240 inciso segundo -violencia sobre las personas y art 241 numeral 10... en concurso homogéneo y sucesivo art. 31 ibídem" (folio 101 cuaderno principal).

Recurrida la anterior decisión por la defensa técnica, la Fiscalía 12 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó el 31 de agosto de 2011, pero corrigió los

cargos por los que era llamada a juicio, esto es, por hurto calificado y agravado continuado (artículo 239, 240-1, 241-2 y el parágrafo del artículo 31 del Código Penal), pues consideró que no se trataba de un concurso homogéneo y sucesivo, sino de un delito continuado; que el calificante corresponde a la violencia ejercida sobre las cosas, y el agravante porque aprovechó la confianza depositada por el empleador.

5. La actuación fue asignada al Juzgado 18 Penal Municipal, despacho que después de realizar las audiencias preparatoria y pública, emitió sentencia el 10 de febrero de 2012 en la que descartó por duda la calificante prevista en el artículo 240-1 del Código Penal e impuso a la procesada la pena principal de 37 meses 10 días de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, tras hallarla autora responsable de los punibles de hurto agravado continuado. En la misma decisión la condenó al pago de perjuicios, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria.

6. Apelada esta determinación por la defensa, fue modificada por el Juzgado 41 Penal del Circuito de Bogotá, el 28 de junio de 2012, por considerar que el a quo erró al momento de graduar la pena del hurto, por cuanto debió aplicar la sanción contemplada en el inciso segundo del artículo 239 del Código Penal, en tanto la cuantía de lo apropiado para la época de los hechos no superó los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por tal motivo redosificó la pena e impuso 21 meses 10 días de prisión y concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

7. Contra la sentencia de segundo grado la asistencia técnica de la acusada interpuso y sustentó en tiempo el recurso extraordinario de casación, demanda que esta Corporación, con pronunciamiento del 7 de diciembre de 2012, declaró formalmente ajustada a derecho, por lo que dispuso correr traslado para concepto a la Procuraduría, el que presentó hasta el 17 de abril de 2015.

III. LA DEMANDA

Con sustento en el artículo 207, numeral 3º, de la Ley 600 de 2000, alegó que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por falta de aplicación de los artículos 83, 84 y 86 del Código Penal.

Después de citar jurisprudencia de esta Corporación para desarrollar el cargo de nulidad, en concreto indica que respecto de la pena máxima prevista para las conductas punibles de hurto simple agravado continuado por los que su asistida fue condenada en segunda instancia, transcurrió el tiempo previsto en la ley, esto es, cinco años después de los hechos que fue el 5 de febrero de 2003. De esta manera, dice, se configuró el fenómeno de la prescripción, sin que se hubiese dictado resolución de acusación, en tanto la misma quedó ejecutoriada el 31 de agosto de 2011, razón por la que el fallador de segundo grado debió decretar la extinción de la acción penal.

Para efectos de la prescripción resalta que los cargos imputados en la resolución de acusación resultan intrascendentes, por cuanto si bien es cierto que en dicho acto procesal se acusó por el calificante previsto en el artículo 240-1 del Código Penal, también lo es que en sentencias de primera y segunda instancias ese calificante no se acreditó. Por tanto, al confrontar dicha circunstancia con lo indicado por esta Corporación en sentencia del 9 de noviembre de 2006, dentro del radicado 23028, en el sentido de que "...no es la resolución de acusación la que ha de marcar la pauta para una prescripción de la acción penal, sino la calificación definitiva que se imparta en una sentencia de condena rituada conforme a las reglas del debido proceso...", surge necesario que el término de prescripción debe contabilizarse respecto de las conductas por las que fue condenada de manera retroactiva a la instrucción, lo que efectivamente se materializó.

IV. CONCEPTO DE LA PROCURADORA 3ª DELEGADA

La delegada emite concepto favorable a la solicitud del actor, al constatar que, en efecto, respecto del delito de hurto en cuantía que no supera los diez salarios mínimos legales mensuales vigentes agravado continuado se cumplió el término de la prescripción de la acción penal en la instrucción, por cuanto para la ejecutoria del pliego de cargos, que lo fue el 31 de agosto de 2011, transcurrió un tiempo superior al máximo de la pena fijada para la conducta por la que fue condenada, además de haber superado los cinco años, en tanto los hechos datan del 5 de febrero de 2003.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Razón le asiste al demandante en su reclamo, al igual que lo conceptúa el Ministerio Público, en el entendido de que la acción penal del delito de hurto agravado consumado prescribió en la instrucción, razón por la cual, desde ya se advierte que la sentencia se casará, por las siguientes razones.

El reproche del casacionista se funda en que conforme la calificación jurídica definitiva realizada en la sentencia de segunda instancia, por medio de la cual se impartió condena por el delito de hurto en cuantía que no supera los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, agravado y continuado, la acción penal habría prescrito en la fase de la instrucción, por cuanto la ejecutoria de la resolución de acusación se materializó pasados los 5 años que tenía el Estado para investigar dicho comportamiento.

En efecto para asuntos regidos por la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, el artículo 83 del Código Penal establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si es privativa de la libertad, pero en ningún caso ese lapso puede ser inferior a cinco (5) años, ni exceder de veinte (20), límite este último que de acuerdo con el inciso segundo del citado precepto, cuando se trata de las conductas punibles de desaparición forzada, tortura y desplazamiento

forzado, se amplía a treinta (30) años.

A su vez, el artículo 86 del mismo plexo normativo establece que el cómputo de la prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución de acusación debidamente ejecutoriada para el sistema mixto o con la formulación de imputación para el acusatorio, e inicia a contabilizarse de nuevo a partir de ese momento por un tiempo igual a la mitad del señalado en la anterior normatividad (83), evento en el que el respectivo plazo no puede ser inferior a cinco (5) para los de la ley 600 de 2000 o tres (3) años para los tramitados por la ley 906 de 2004, ni superior a diez (10) años.

Por su parte el artículo 189 de la ley 906 de 2004, establece que una vez proferida la sentencia de segunda instancia el término de prescripción se suspenderá hasta por 5 años.

La normatividad reseñada no causa dificultad en su interpretación, por cuanto en los dos regímenes procesales se distingue claramente los momentos y términos que deben contabilizarse en las diferentes etapas procesales para efectos de la prescripción de cada conducta punible, tarea que se dificulta cuando la calificación provisional emitida en la resolución de acusación o en la imputación sufre modificación favorable al acusado en el juicio, la que aprobada en la sentencia y sin que afecte garantías procesales, puede generar consecuencias en la prescripción, incluso retroactivamente por cuanto la adecuación típica que se realiza en la sentencia es definitiva.

Por manera que, en esta última hipótesis, la calificación jurídica que determina el cómputo del término prescriptivo corresponde a la fijada en la sentencia, pues de esta manera lo ha dicho de forma reiterada la jurisprudencia de la Sala:

“La ley penal colombiana vincula, inexorablemente, casi todas sus instituciones al cuadro normativo previsto para los hechos que se regulan en ella. Sin embargo dicho cuadro normativo va adquiriendo su perfil definitivo a través del juicio de valor que sobre

los hechos y sobre el derecho se lleva a cabo progresiva y provisionalmente a través del trámite y las etapas procesales.

De allí se deriva, entonces, como lo ha sostenido la Corte, que las variaciones a la calificación jurídica de la conducta imputada, introducidas a través del proceso, deben considerarse para los cómputos propios de la prescripción y produciendo efectos que se han asimilado a los de la retroactividad. (Confrontar sentencias de marzo 24/81 y noviembre 16/93 por ejemplo). Esto no puede ser sino así, si se repara en que la acción penal que prescribe es la generada por el delito respectivo y que éste por su parte, adquiere su identificación plena y definitiva en el acto de sentencia.

De este modo, mientras el sistema prescriptivo esté diseñado con referencia a la identificación jurídica del hecho punible, pues que allí se constata la duración de su pena y por ende el término de prescripción, tendrán que admitirse las repercusiones que sobre el fenómeno extintivo de la acción tenga la calificación definitiva, sea que se afecten con ello fases superadas del proceso o que, como acá, se influya la sentencia misma impidiendo su ejecutoria.

No se trata de plantear acá la conveniencia o inconveniencia de que un sistema como el indicado produzca en las calificaciones jurídicas que se formulan durante el trámite, actos jurídicos inestables o inseguros, sino de que mientras el sistema de prescripción se sostenga sobre este modelo y estas regulaciones de derecho positivo, es inevitable que el fenómeno prescriptivo esté sujeto al vaivén de la calificación definitiva hecha en la sentencia y que ella produzca efectos sustanciales y procesales sobre todas las consecuencias jurídicas derivables de la misma.

Si no fuese así el asunto, prevalecería en el proceso lo formal sobre lo sustancial, sobre la justicia material, e incluso podrían llegarse a patrocinar formas de deslealtad procesal. Piénsese si no, en que por otra vía hermenéutica como la sostenida por la Corte hasta abril

de 1977, el sujeto de la función acusadora podría impedir la prescripción de un delito deduciendo agravantes inexistentes en la resolución de acusación en desmedro del derecho del imputado a su declaratoria, puesto que se daría carácter de inmutable a lo que no lo tiene por naturaleza, es decir al acto calificadorio, cuya misión al interior del proceso es netamente funcional pues no tiene por objeto decidir la litis sino el ámbito dentro del cual se desenvolverán la acusación y la defensa” (CSJ SP, 05 Mar 1996, Rad. 8336, reiterada CSJ SP, 13 May 2009, Rad. 31424 entre otras 2).

En el presente evento, la Fiscalía de Segunda Instancia, el 31 de agosto de 2011, confirmó la resolución de acusación contra la hoy procesada, con la aclaración que lo hacía como autora de la conducta punible de hurto calificado agravado continuado (artículo 239, 240-1, 241-2 y el parágrafo del artículo 31 del Código Penal), por cuanto además de tratarse de un comportamiento “continuado”, el calificante se agotó cuando se ejerció “violencia sobre las cosas”, y el agravante porque se cometió “aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente”.

La representante del ente acusador pidió en la audiencia pública que se profiriera decisión condenatoria, según la imputación precisada por la Fiscalía de segunda instancia. En contraste, el juez declaró responsable a la procesada por el delito de hurto simple, previsto en el primer inciso del artículo 239 del Código Penal³, agravado por el numeral segundo del artículo 241 ibídem y continuado, al tiempo que descartó la calificante del artículo 240-1 ibídem, tras advertir que “....la enjuiciada no utilizó la violencia sobre las cosas para ejecutar su conducta delictiva; por consiguiente, al existir dudas sobre la presencia de la circunstancia de calificación, este Despacho resolverá las dudas a favor de EDIT (sic) JOHANA REYES CARO y no impondrá dicho calificante⁴”.

A su vez, la decisión de segunda instancia modificó la sentencia de primer grado y,

como consecuencia de ello, redosificó la pena de prisión, por considerar que la misma debió calcularse con fundamento en los extremos previstos en el inciso segundo del artículo 239 del Código de las penas⁵, por cuanto el monto de lo apropiado, sobre el cual no se presentó ninguna objeción, fue de \$2'600.000, suma que no superó el valor de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los años 2002 y 2003, exigidos en la norma.

En razón al principio de inescindibilidad entre la sentencia de primera y segunda instancia, se tiene que los hechos fueron calificados definitivamente como hurto agravado continuado. Por tanto, para efectos de calcular los extremos punitivos de la pena privativa de la libertad debe tenerse en cuenta la cuantía, ingrediente que finalmente debe considerarse para los cómputos propios de la prescripción con efectos retroactivos, por cuanto el aspecto fáctico adquirió su identidad plena y definitiva en la sentencia.

Lo anterior debe ser así, por cuanto si corresponde al Estado a través del ente acusador emitir una calificación jurídica provisional de los hechos, la misma debe ser consecuente con lo fáctico y los elementos de juicio en su poder, pues de lo contrario las consecuencias favorables para el sujeto pasivo de la acción penal en la fase del juicio no se harían esperar, no sólo con la posibilidad de obtener la absolución, sino la de activar las causales de extinción desde la ejecución de la conducta, para de esta manera evitar excesos en detrimento de los derechos de los procesados, buscando que desde el inicio se haga una debida tipificación.

Así las cosas, como la calificación definitiva emitida en el acto de sentencia fue por hurto agravado continuado, entonces, para precisar el extremo máximo de la pena de prisión fijada por la ley para efectos de determinar la prescripción, debe tenerse en

cuenta que el artículo 239 inciso 2º, contempla una sanción de uno (1) a dos (2) años. Al extremo máximo de la pena se debe aumentar la mitad en virtud de la circunstancia de agravación prevista en el artículo 241-2, lo que arroja una pena parcial de tres (3) años. Dicho guarismo debe incrementarse en una tercera parte por razón del parágrafo del artículo 31 del Código Penal (delito continuado), de esta manera se obtiene un total de 4 años. Por manera que si la acción penal prescribe en el máximo de la pena, pero sin que sea inferior a 5 años, será este último tiempo el que se debe tenerse en cuenta para tales efectos.

En tal sentido, si los hechos tuvieron origen entre octubre del 2002 y el 2 de febrero de 2003, fecha esta última cuando el denunciante se percató que la procesada le había sustraído setenta mil pesos, entonces los 5 años se cumplieron el 1º de febrero de 2008, fecha para la cual no había adquirido ejecutoria la resolución de acusación, pues el llamamiento a juicio cobró firmeza el 31 de agosto de 2011 con la suscripción del auto que resolvió la apelación incoada por la defensa técnica.

Surge nítido, entonces, que la acción penal correspondiente a la conducta punible de hurto agravado continuado se extinguió por razón de la prescripción en la fase instructiva, por lo que acogiendo la posición adoptada por el casacionista como por la de la Procuradora Delegada Judicial, se casará la sentencia censurada y en consecuencia se dispondrá la cesación de procedimiento a favor de la procesada por haber operado la prescripción.

En virtud de 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

1. CASAR la sentencia impugnada, expedida el 28 de junio de 2012 por el Juzgado 41 Penal del Circuito de Bogotá. En consecuencia, cesar el procedimiento a favor de

EDID JOHANA REYES CARO, por haber operado la prescripción de la acción penal del delito de hurto agravado continuado.

2. Por intermedio del juzgado de primera instancia, líbrense los oficios de rigor a las autoridades pertinentes, a efectos de comunicar esta determinación.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Artículo 292.

29 de abril de 1999, radicación 13.165; 24 de septiembre de 2002, radicación 12.951; 11 de diciembre de 2003, radicación 21.450; 31 de marzo de 2004, radicación 21.917; 28 de abril de 2004, radicación 22.058; junio 10 de 2004, radicación 21.677; 26 de enero de 2005, radicación 22.292; 15 de junio de 2005, radicación 23.805; 27 de junio de 2007, radicación 27.156; 20 de febrero de 2008, radicación 28.925.

3 “El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años”.

4 Folio 14 de la sentencia de primera instancia.

5 “... La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”