

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP7332-2015

Radicación N°. 45.587

(Aprobado Acta No. 205)

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

MOTIVO DE LA DECISIÓN

De acuerdo con lo advertido en el auto AP-2327-2015 que inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de Paul Andrés Mirque Caballero, de manera oficiosa, se pronuncia la Corte frente a la dictada el 19 de noviembre de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó, con modificaciones¹, la proferida el 25 de julio del mismo año, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, que lo condenó por el concurso de delitos de desaparición forzada y hurto calificado y agravado y lo absolvió por el de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el Tribunal de la siguiente forma:

El 3 de noviembre de 2006, a las 9:30 am, HECTOR VANEGAS, de 65 años de edad, salió de su apartamento ubicado en la avenida 63 No. 32 B -07, edificio El Duruelo de

Bogotá, con destino a su trabajo, una bodega en la Av. Boyacá, calle 72 No. 68 - 27, en su camioneta Jeep Cherokee de placas APB-273, sin que se tenga conocimiento de su paradero.

Ese mismo día MAURICIO NIVIA, amigo de la víctima y propietario de un parqueadero cercano al edificio donde ésta vivía, observó estacionada la camioneta descrita, con 3 personas en su interior, vestidos (sic) con su overol amarillo. Ninguno de ellos era la víctima.

El 4 de noviembre de 2006 FABIAN VANEGAS, hijo del desaparecido, se dirigió al apartamento de su padre porque habían acordado encontrarse para comprar un computador, pero no lo encontró y observó que se habían hurtado la caja fuerte donde guardaban documentos, joyas y más de \$ 80.000.000, sin evidenciar violencia sobre la puerta de acceso al inmueble, pero sí desportillada una baldosa donde se encontraba la caja fuerte.

Por lo anterior, en compañía de su hermana fueron a la bodega con el fin de indagar por el paradero de su padre, contactando a dos trabajadores que no supieron dar información, además advirtieron que la camioneta de su padre fue hurtada. El procesado era el empleado de confianza de la víctima en su empresa.²

2. Ante el Juzgado 32 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, el 10 de noviembre de 2012, la Fiscal de apoyo de la Fiscalía Cuarta Especializada adscrita a la Unidad Nacional de Desplazamiento y Desaparición Forzada, -en audiencia concentrada-, solicitó la legalidad de la captura de Paul Andrés Mirque Caballero, y de la imputación por el delito de desaparición forzada agravada (artículos 165 y 166.3 de la Ley 599 de 2000) en concurso heterogéneo con el de homicidio agravado (cánones 103 y 104.2.7 ejusdem) y hurto calificado y agravado (preceptos 239, 240.1.3 y 241.2.10 ejusdem), con circunstancias de mayor punibilidad (58.2.10 ejusdem);

peticiones que fueron avaladas por la funcionaria judicial que las declaró ajustadas a derecho³.

Pese a la expresa solicitud de la Fiscalía en el sentido de afectar con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al imputado, la juzgadora se abstuvo de imponerla y ordenó su libertad, decisión recurrida por dicha parte y revocada el 8 de febrero de 2013 por la Juez Novena Penal del Circuito de la capital, la que a su turno decretó la inmediata captura del implicado⁴.

3. El 7 de marzo siguiente se presentó el escrito de acusación⁵ y la formulación oral se surtió el 12 de abril posterior, a instancia del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bogotá⁶.

4. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 15 de agosto ulterior⁷ y el juicio oral inició el 17 de septiembre⁸ y culminó el 25 de marzo de 2014⁹, con emisión del sentido del fallo condenatorio.

5. Mediante sentencia del 25 de julio de dicho año el juzgador condenó a Paul Andrés Mirque Caballero, en calidad de coautor responsable del concurso de delitos de desaparición forzada y hurto calificado y agravado, a las penas principales de cuatrocientos veinticinco (425) meses de prisión y dos mil ciento veinticuatro (2.124) salarios mínimos legales mensuales vigentes y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de doscientos diez (210) meses¹⁰. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. En el mismo proveído, lo absolvió del punible de homicidio con circunstancias de agravación punitiva¹¹.

6. Recurrido el fallo por la defensa técnica, fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 19 de noviembre del mismo año, con la modificación consistente en imponer al sentenciado trescientos setenta (370) meses de prisión y mil trescientos treinta y tres con treinta tres (1.333,33) s.m.l.m.v. y ciento sesenta (160) meses de

«interdicción de derechos y funciones públicas»¹².

7. El defensor interpuso¹³ y sustentó¹⁴ oportunamente el recurso extraordinario de casación.

8. A través de auto AP-2327-2015, la Sala de Casación Penal inadmitió la demanda correspondiente y dispuso que en firme esa decisión y cumplido el trámite de insistencia, regresara el expediente al despacho del Magistrado Ponente para emitir pronunciamiento oficioso acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales.

CONSIDERACIONES

Inadmitida la demanda promovida por la defensa técnica y, vencido en silencio el término para promover el mecanismo de insistencia, la Corte se centrará exclusivamente en el tema enunciado en auto AP-2327-2015, esto es, en verificar si al dosificar la pena respecto del delito de hurto calificado y agravado, los juzgadores conculcaron el postulado de legalidad de las penas al dejar de aplicar la norma vigente para la época de los hechos.

Para responder a este interrogante, se debe partir por recordar que, el hurto de la caja fuerte en la que el desaparecido Héctor Emilio Vanegas Arroyave guardaba una suma cercana a los \$80.000.000 y el de su camioneta marca Jeep Cherokee se produjeron el 3 de noviembre de 2006, época para la cual, en la ciudad de Bogotá, las disposiciones que regulaban el punible de hurto calificado y agravado eran los artículos 239, 240.1.3 y 241.2.10 de la Ley 599 de 2000, con el incremento punitivo autorizado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2014.

No obstante lo anterior, al formular la imputación y la acusación y al dosificar la pena, la Fiscalía y los juzgadores, respectivamente, seleccionaron los cánones 37 y 51 de la Ley 1142 de 2007, por cuyo medio el legislador modificó los aludidos preceptos, en el

sentido de aumentar significativamente el monto de la sanción penal para dicho injusto.

En efecto, examinado el fallo de primer nivel se observa que, previo a elaborar el ejercicio dosimétrico, el a quo señaló que el punible de hurto calificado por las causales primera y tercera está sancionado con pena de prisión de 6 a 14 años -conforme al artículo 240, modificado por el 37 de la Ley 1142 de 1007- y que las circunstancias segunda y décima de agravación la aumentan -de acuerdo con el canon 241, modificado por el 51 ejusdem- de la mitad a las tres cuartas partes¹⁵.

Después, al abordar, en concreto, el tema de la punibilidad, tras individualizar la pena de prisión¹⁶ para el reato de desaparición forzada, la que fijó en 375 meses -máximo del primer cuarto-¹⁷, indicó que el delito de hurto calificado y agravado, tipificado en los artículos 239, 240, numerales 1 y 3, y 241, numerales 2 y 10, del Estatuto Sustantivo, está penado con 96 a 336 meses de prisión.

La verificación aritmética de estos extremos, permite a la Sala constatar que el juzgador unipersonal no solo erró al dosificar la sanción para la mencionada infracción, por fuera de los límites establecidos por el Código Penal original con el incremento de la Ley 890 de 2004, sino que ni siquiera se atuvo a los márgenes punitivos, que hubieran regido si la conducta punible fuera posterior a la entrada en vigencia de la Ley 1142 de 2007.

En éste punto, a manera de paréntesis y sólo por razones metodológicas, está bien resaltar que, el fallador erró al concebir al segundo de los márgenes señalados en 336 meses, es decir, atendiendo el máximo previsto en el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007 cuando la conducta se comete con violencia sobre las personas (16 años o 192 meses) -circunstancia no deducida en la acusación- y el aumento de las tres cuartas partes, descrito en el canon 51 ejusdem (10.5 años o 144 meses)¹⁸, siendo que lo correcto, si el injusto hubiera sido cometido en vigor de la Ley 1142, habría sido tomar la pena de 14 años, teniendo en cuenta los calificantes imputados (1º y 3º).

Igualmente, en el supuesto señalado, el juzgador unipersonal también se equivocó al fijar el primer extremo en 96 meses, pues, este es inferior al mínimo del aludido canon 37 (6 años o 72 meses) con el incremento de la mitad, establecido en el mentado precepto 51 (3 años o 36 meses), para un valor total de 9 años (108 meses)¹⁹.

Ahora, lo cierto es que tan desacertada adecuación punitiva resulta insustancial de cara al defecto verdaderamente lesivo del principio de legalidad en que incurrió el juzgador unipersonal -no corregido por el Tribunal-, pues, en últimas, aquellos límites no serían oponibles al procesado, porque, se recaba, el hurto se consumó antes del 28 de junio de 2007 -fecha de publicación en el Diario Oficial No. 46673 de la Ley 1142 de 2007-.

En realidad, se debe concluir que, siendo el delito de hurto calificado y agravado un punible de ejecución instantánea, su agotamiento ocurre en un solo momento, porque inicia, se realiza y consuma en una acción que abarca un único instante, luego, como se perfeccionó antes de que entrara en vigencia la Ley 1142 de 2007, los juzgadores estaban impedidos para sancionarlo conforme a esa normativa, pues, se itera, debían atenerse a la ley vigente al tiempo de los hechos, que, entonces, eran los artículos 239, 240.1.3 y 241.2.10 de la Ley 599 de 2000, con el aumento generalizado autorizado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2014.

En orden a restablecer la garantía vulnerada, es necesario recordar que el delito de hurto calificado estaba sancionado con pena de 48 a 144 meses, mismo que al ser agravado de la sexta parte a la mitad, en los términos del artículo 60.4 del Código Penal queda en 5620 a 21621 meses.

Ahora, como el juzgador omitió individualizar, en concreto, la pena para este delito, limitándose a hacer un aumento de 50 meses por el concurso heterogéneo, a falta de algún criterio susceptible de ser implementado por la Sala, esta asumirá que la sanción

impuesta, corresponde al mínimo punitivo, es decir, a 56 meses²², monto al que es del caso aplicar el principio de proporcionalidad a efecto de establecer a cuánto correspondería ese valor, si el injusto hubiera sido delimitado en sus márgenes legales, operación que arroja un valor de 29.16 meses²³.

El ejercicio de redosificación punitiva habría llegado hasta aquí, sino fuera porque el ad quem modificó la pena del delito base de desaparición forzada impuesta por su inferior (375 meses), en tanto consideró que el incremento sobre el mínimo del primer cuarto no estaba suficientemente justificado, de tal suerte que, la fijó en 320 meses de prisión, cuestión que, a su turno, obliga a esta Corporación, a aplicar nuevamente, el postulado de proporcionalidad respecto del punible concursante de hurto, quedando, entonces, la pena por este injusto en 24.88 meses²⁴, que sumados a los referidos 320 meses, da una sanción definitiva de 344.88 meses de prisión o, lo que es igual, 344 meses y 26 días, a cambio de los 370 meses que habían sido tasados por el Tribunal.

En lo demás, el fallo de segundo grado se mantiene incólume.

En mérito 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

Primero. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia del 19 de noviembre de 2014 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de fijar la pena de prisión impuesta a Paul Andrés Mirque Caballero, en trescientos cuarenta y cuatro (344) meses y veintiséis (26) días. En lo demás, se mantiene incólume.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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 Excluyó el incremento punitivo dentro del primer cuarto respecto del delito de desaparición forzada, por cuanto no estaban debidamente justificados.

2 Cfr. folios 1-2 de la sentencia de segunda instancia a folios 7-8 del cuaderno del Tribunal.

3 Cfr. Cd de audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

4 Cfr. Cd de audiencia de revocatoria de abstención de medida de aseguramiento.

5 Cfr. folios 1-9 de la carpeta.

6 Cfr. folios 16-17 ibidem.

7 Cfr. folios 27-28 ibidem.

8 Cfr. folios 29-30 ibidem.

9 Cfr. folios 42-44 ibidem.

10 Se precisa que el juzgador excluyó la circunstancia de agravación específica del punible de desaparición forzada, concerniente a la edad de la víctima, mayor a 60 años, consagrada en el artículo 166 del Código Penal porque no se acreditó tal hecho. Igualmente, se procedió respecto de las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 2 y 10 del canon 58 ejusdem, toda vez que la Fiscalía omitió imputarlas jurídicamente en los alegatos de cierre del juicio oral.

11 Cfr. folios 51-74 ibidem.

12 Cfr. folios 7-24 del cuaderno del Tribunal.

13 Cfr. folio 26 ibidem.

14 Cfr. folios 28-40 ibidem.

15 Cfr. folios 21-22 de la sentencia de primera instancia a folio 61 y vuelto de la carpeta.

16 También tasó las penas principales de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

17 Esta pena fue modificada por el Tribunal porque consideró que la imposición del máximo del primer cuarto no estaba debidamente motivada. A cambio, fijó la pena de prisión en el mínimo previsto para la infracción, esto es, en 320 meses de prisión.

18 La operación matemática fue la siguiente: $192 + 144 = 336$.

19 La operación matemática fue la siguiente: $72 + 36 = 108$.

20 La operación es como sigue: $48 \div 6 = 8 + 48 = 56$.

21 La operación es como sigue: $144 \div 2 = 72 + 144 = 216$.

22 Esto, también, teniendo en cuenta que el Tribunal, respecto del punible de desaparición forzada decidió eliminar el incremento sobre el mínimo del primer cuarto e imponer el mínimo previsto para la infracción.

23 Esta es la regla de tres: $56 \times 50 \div 96 = 29.16$.

24 Esta es la regla de tres: $320 \times 29.16 \div 375 = 24.88$.