

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

SP7769-2014

Radicación No. 42189

(Aprobado Acta No. 189)

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil catorce (2014).

Procede la Sala a emitir sentencia con el propósito de determinar si en este asunto se vulneraron las garantías fundamentales del procesado Dair Darío Doval Cabarca, de conformidad con lo resuelto al inadmitir la demanda de casación interpuesta por su defensora contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, confirmatorio del dictado por el Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, por cuyo medio fue condenado como coautor de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado, extorsión agravada y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

Estos aspectos fueron sintetizados por la Sala, en pretérita ocasión, de la siguiente manera:

...El 30 de agosto de 2007, un informe de Policía Judicial notificó la existencia de una banda criminal que operaba en el sector de Ciudad Bolívar... en Bogotá, dedicada a labores

delictivas de la denominada “limpieza social”, sicariato y extorsión en masa a los conductores de buses de servicio público y comerciantes de la zona, cuyos integrantes, con el pretexto de pertenecer a un grupo de autodefensas y garantizar la seguridad del sector, exigían cuotas de dinero que, de no cancelarse, generarían graves repercusiones; conductas que eran desplegadas mediante la intimidación con armas de fuego.

La corroboración aportada por fuentes formales, incluso, por las víctimas, permitió obtener abonados telefónicos que al ser interceptados arrojaron evidencias físicas y elementos materiales probatorios que, aunados a los adquiridos mediante los seguimientos realizados a algunas personas, permitieron establecer la identidad de varios de los miembros del grupo ilegal y, consecuentemente, realizar las capturas de Juan Carlos López Almendrales, Sergio Lozano Avilez, Yair Antonio Pérez Guevara, Yonis Hernández Altamar, Carlos Humberto Valencia y Dair Darío Doval Cabarca.

Con fundamento en lo anterior, el 3 de febrero de 2009, en el Juzgado Veinticinco Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, se legalizó la captura tanto de Dair Darío Doval Cabarca como de otros¹, se le formuló imputación por los delitos de concierto para delinquir [agravado], extorsión agravada cometida en masa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, a quien además se le dedujo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en numeral 10º del artículo 58 del Código Penal, cargos a los cuales se allanó, razón por la cual se dispuso la ruptura de la unidad procesal. Adicionalmente, al citado se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 17 de febrero de 2009, se presentó el respectivo escrito de acusación y el 24 de abril siguiente, en el Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, se improbió el allanamiento, tras considerarse que no se había informado al inculcado Dair Darío Doval Cabarca, que en razón de imputársele el delito de extorsión cometido en

conexidad con otros, no tenía derecho a rebaja alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, decisión que fue apelada por la Fiscalía.

El 14 de julio de 2009, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la anterior determinación y dispuso adelantar la audiencia de individualización de pena y sentencia.

Programada esa audiencia, se aplazó en varias ocasiones por cuanto el Fiscal Delegado del caso señaló que estaba tramitando un principio de oportunidad a favor del inculpado Dair Darío Doval Cabarca.

En desarrollo del trámite de dicho principio, se determinó la interrupción de la acción penal, la cual fue objeto de varias prórrogas, hasta que en una de ellas se concluyó que la aplicación del instituto procesal en mención no era viable teniendo en cuenta el momento en que se había intentado. Impugnada esa decisión por la Fiscalía y la defensa, fue confirmada.

Surtida la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, en el Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, el 22 de marzo de 2013, se condenó al inculpado Dair Darío Doval Cabarca a las penas principales de 28 años, 3 meses y 27 días de prisión y multa de 5.274 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, al hallarlo autor de los delitos por los cuales se allanó, a quien se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitutiva de la prisión domiciliaria.

Ese fallo fue apelado por la defensa y, el 11 de junio de 2013, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó en su totalidad.

Contra esa determinación el apoderado del implicado presentó recurso de casación.

Mediante auto del 30 de abril de 2014, esta Corporación inadmitió la demanda y a su vez dispuso que eventualmente promovido el trámite del mecanismo de insistencia, volviera la actuación al Despacho del Magistrado ponente, a fin de pronunciarse sobre la posible violación de garantías fundamentales del procesado, en concreto al dosificársele la pena, por tanto, ahora se procede de conformidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuestión previa:

Es preciso señalar que de acuerdo al criterio fijado por la Sala (CSJ AP, 23 Ago. 2007, Rad. 28059), en este caso no se dispuso llevar a cabo la audiencia de sustentación prevista en el inciso final del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, por cuanto tal vista pública se encuentra estatuida para que las partes se pronuncien sobre la demanda y en el sub judice ella se inadmitió. En esa medida, la misma resultaba improcedente por elemental sustracción de materia, postura que consulta lo sostenido por la Corporación en la oportunidad identificada, donde expresó:

Es de anotar que no se dispone la celebración de audiencia de sustentación, pues si de acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, el debate dialéctico que allí se concibe debe darse dentro de los “límites de la demanda”, es de entender que la realización de dicha diligencia solo procede cuando se produzca su admisión. En ese caso, dígase adicionalmente, son las partes las que fijan los temas a tratar, lo cual no acontece cuando, como en este asunto, se inadmite el libelo, sin que los sujetos procesales hayan advertido la posible vulneración de garantías fundamentales, porque en ese último evento es la intervención exclusiva de la Sala la que resulta impulsando el trámite para su eventual corrección, en cuyo marco no cabe, se repite, espacio para el debate entre las partes.

Violación de garantías fundamentales:

El artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 6º, tanto del Código Penal como de la Ley 906 de 2004, consagra el principio de legalidad, de acuerdo con el cual, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Este postulado cuenta con un plus que se concreta en (i) la legalidad de los delitos, pues a nadie se le puede juzgar por una conducta que previamente no se haya establecido como tal en el ordenamiento jurídico, (ii) el agotamiento del trámite respectivo debe estar previamente definido, así como el o los funcionarios encargados de adelantarlos y (iii) la pena correspondiente a la infracción ha de determinarse antes de la comisión del comportamiento, a efectos de que sea posible imponerla a quien resulte declarado responsable en el juicio respectivo.

Frente a este último aspecto, conviene advertir que el principio de legalidad involucra, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 35 del Código Penal, las penas “principales”, esto es, “la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos, que como tal se consagren en la parte especial” del estatuto en cita e, igualmente, las “accesorias” a que se refiere el artículo 52 en concordancia con el 43 ibídem.

Así mismo, en desarrollo del principio de legalidad de la pena, se han establecido un conjunto de “reglas” y “criterios” a efectos de poderla determinar frente a cada caso concreto, acorde con lo previsto en los artículos 54 a 62 del Estatuto Punitivo.

Dentro de las “reglas” a tener en cuenta en orden a determinar la pena, está la consagrada en el inciso 2º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, conforme a la cual,

El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación

punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Es del caso señalar que a ese estado del ejercicio de la determinación de la pena a su vez se llega tras cumplir los pasos previstos tanto en el artículo 60 del Código Penal, es decir, que el sentenciador haya fijado sus “límites mínimos y máximos en los que se ha de mover”, como en el inciso 1º del artículo 61 ibídem, valga decir, “dividir el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos”, esto es, en uno mínimo, dos medios y uno máximo.

Es más, cabe añadir que agotada la tarea que imponen las anteriores disposiciones, corresponde, según los incisos 3º y 4º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, precisar la pena teniendo en cuenta los “criterios” allí previstos.

En el caso de la especie se observa que la Juzgadora a quo, al adelantar el ejercicio inherente a la dosificación de la pena (no se alude al Tribunal por cuanto no se pronunció al respecto al conocer la alzada), decidió tener en cuenta el cuarto máximo de que trata el inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, bajo el argumento de que como en el sub lite se dedujo la circunstancia de mayor punibilidad de que trata el numeral 10º del artículo 58 ídem, entonces “acá solo existen causales de agravación”.

Ahora, si bien más adelante, al hacer uso de los “criterios” señalados en el inciso 3º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, la Juzgadora de primera instancia predicó del implicado que es “una persona que no reporta antecedentes penales”, tal circunstancia fue ignorada.

En esa medida, es clara la presencia de un yerro con efectos en la garantía fundamental de la legalidad de la pena, en tanto que a pesar de estarse ante el supuesto de hecho previsto en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, relativo a que “cuando

concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva” la dosificación de la sanción se debe hacer “dentro de los cuartos medios”, en este asunto no se procedió así, sino que, como se viene de reseñar, se acudió al cuarto máximo.

La Sala, en pretérita oportunidad, en punto de la deducción expresa de circunstancias de mayor punibilidad y el silencio acerca del reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad de “la carencia de antecedentes penales” de que trata el numeral 1º del artículo 55 del Código Penal, a pesar de concurrir, sostuvo lo siguiente:

Es, sin duda, deber del Juez estudiar todas las circunstancias que inciden en la punibilidad. Así lo exige el artículo 61 del Código Penal. Si el Tribunal Superior olvidó o no reparó en las circunstancias de menor punibilidad consagradas en el artículo 55 ibídem, como aquella que consiste en “la carencia de antecedentes penales”, generando consecuencias nocivas para el implicado, ese defecto in iudicando puede ser enmendado en casación.

No es que los Jueces de instancia hubiesen supuesto o imaginado que... tenía antecedentes penales. Pues de haberlo hecho, se estaría ante un error de hecho por falso juicio de existencia.

Lo que ocurrió en este caso, fue que se ignoró la circunstancia de menor punibilidad establecida por virtud de la ley y por ello se tasó la pena tomando como punto de partida el cuarto máximo. (CSJ SP, 27 Abr. 2005, Rad. 19970)

Así las cosas, en este asunto le corresponde a la Corte entrar a restablecer la garantía de la legalidad de la pena.

Para el efecto, inicialmente es necesario recordar los parámetros bajos los cuales se fijó la pena por parte de la Juzgadora a quo, con el fin de precisar las consecuencias que se derivan de dotarla de legalidad.

En ese sentido, se observa que la Juez de primera instancia, una vez dejó en claro que en el asunto de la especie no procedían los incrementos punitivos de la Ley 890 de 2004, siguiendo al efecto el criterio fijado por esta Corporación (CSJ SP, 27 Feb. 2013, Rad. 33254), recordó los delitos por los cuales se procede aquí y precisó que el de pena más grave era el de extorsión agravada cometido en masa, así que realizados los cálculos pertinentes, determinó que su sanción iba de 192 a 341 meses y 7 días (en realidad son 8 días²) de prisión y una multa de 3.000 a 6.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (aun cuando lo correcto es de 4000 a 8.000³ salarios de la misma naturaleza).

En esa medida, como el ámbito de movilidad, en cuanto hace referencia a la pena de prisión, es de 149 meses y 8 días, los cuartos frente a este aspecto van así: el mínimo, de 192 a 229 meses y 9 días, los medios, de 229 meses y 10 días a 303 meses y 27 días y, el máximo, de 303 meses y 28 días a 341 meses y 84 días.

En lo que toca con la multa, si bien el ámbito de movilidad es de 4000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de tal manera que los cuartos frente a este aspecto son: el mínimo, de 4.000 a 5.000 salarios, los medios, de 5.000 salarios y \$1 a 7000 salarios y, el máximo, de 7.000 salarios y \$1 a 8.000 salarios; la Juzgadora de primer grado determinó que iban así: el mínimo, de 3000 a 3750, los medios, de 3.750 a 5.250 y, el máximo, de 5.250 a 6.000 salarios, es decir, ignoró que respecto de la conducta de extorsión agravada se estaba ante un delito masa (par. del art. 31 del C.P.); yerro que ahora no es posible corregir en atención a la garantía de non reformatio in pejus, pues el procesado funge aquí como impugnante único.

Igualmente, se observa que la Juez a quo, en relación con la conducta punible de extorsión agravada, que es la más grave por la que se procede en este asunto, seleccionó el cuarto máximo, de manera que tomó su pena mínima, es decir, 303 meses y 27 días de prisión y 5.250 salarios mínimos legales mensuales vigentes (aun cuando,

como se precisó con anterioridad, debieron ser 7.000 salarios mínimos más \$1), tras lo cual realizó un incremento de 24 meses y 24 salarios mínimos por razón del ilícito de concierto para delinquir agravado y de 12 meses por la infracción de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, para un total de 339 meses y 27 días de prisión, o lo que es lo mismo, de 28 años, 3 meses y 27 días de privación de la libertad y 5.274 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

Ahora, como quiera que en lugar de acudir al cuarto máximo como se hizo en la sentencia de primer grado (no se alude al fallo del Tribunal, pues en él se guardó silencio al respecto), se deben aplicar los cuartos medios, según quedó explicado en este capítulo, entonces, siguiendo el criterio fijado por la Juzgadora a quo, quien optó por imponer la pena más inferior posible del cuarto seleccionado, se tiene que la pena mínima de los cuartos medios es de 229 meses y 10 días, o lo que es lo mismo, de 19 años, 1 mes y 10 días.

En cuanto hace relación a la pena de multa, igualmente se debe aplicar la que corresponde a los cuartos medios, pero además, es necesario tener en cuenta la manera como se determinó por la sentenciadora de primera instancia, es decir, sin tener en cuenta que respecto del ilícito de extorsión agravada se estaba ante un delito masa, lo anterior, con el fin de respetar la garantía de non reformatio in pejus.

Por tanto, siguiendo el criterio de dosificación punitiva fijado por la primera instancia (pues el Tribunal, como se dijo, no se refirió al respecto), donde se optó por imponer la pena mínima posible, se tiene que tomando la correspondiente a los cuartos medios para el ilícito de extorsión agravada sin atender al delito masa según lo determinó erróneamente la Juez a quo, entonces la sanción pecuniaria asciende a 3.750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la cual se hará un incremento de 24 salarios de la misma naturaleza por razón del ilícito de concierto para delinquir agravado, para un total de 3.774 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En resumen, se procederá a restablecer el principio de legalidad de la pena y, en consecuencia, la de prisión se ajustará a 229 meses y 10 días, o lo que es lo mismo, 19 años, 1 mes y 10 días, y la de multa en 3.774 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su vez, la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se fijará en el mismo término que la de prisión.

Finalmente, conviene precisar que salvo lo aquí decidido, las demás determinaciones del fallo se mantienen incólumes.

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:

1. CASAR oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado, en consecuencia, fijar la pena de prisión en 19 años, 1 mes y 10 días, la de multa en 3.774 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mismo término que la privativa de la libertad, al procesado Dair Darío Doval Cabarca, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.
2. PRECISAR que en lo demás el fallo se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

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 Luis Carlos Hurtado Segura, Juan Carlos López Almendrales y Sergio Lozano Avilez.

2 En efecto, como la conducta punible de extorsión agravada tiene una sanción de 12 a 21 años y 10 días de privación de la libertad (art. 244 del C.P. en concordancia con el art. 245 ibídem), esa pena aumentada en una tercera parte por razón de estarse frente a un delito masa (par. del art. 31 ídem), siguiendo la regla prevista en el numeral 1º del artículo 60 ejusdem de acuerdo con la cual, “Si la pena aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo”, da lugar a que la sanción para la infracción en cita vaya de 16 años (o 192 meses) a 28 años, 5 meses y 8 días (o 341 meses y 8 días).

3 Desde luego, como la conducta punible de extorsión agravada tiene una sanción pecuniaria de 3.000 a 6000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (art. 245 del C.P.), esa pena aumentada en una tercera parte por razón de estarse frente a un delito masa (par. del art. 31 ídem), siguiendo la regla prevista en el numeral 1º del artículo 60 ibídem (ver su alcance en el anterior pie de página), da lugar a que oscile de 4.000 a 8.000 salarios de la naturaleza anotada.

4 Debe recordarse que se deben tener en cuenta 8 y no 7 días, conforme se explicó en el pie de página No. 2. No obstante, la anterior precisión carece de incidencia práctica en el caso particular, pues se debe acudir a los cuartos medios, como atrás quedó explicado en este capítulo.