

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

SP9789-2015

Radicación No. 44058

(Aprobado acta No. 259)

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).

Se pronuncia la Corte de fondo, de manera oficiosa, en relación con la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la condena dispuesta por el Juzgado Veintinueve Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá, contra el acusado FRANK HERNÁNDEZ CASTAÑO, por el delito de hurto calificado-agravado.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica -ocurrida en Bogotá- fue reseñada por el Tribunal de la manera siguiente:

Los hechos se circunscriben a que el día 8 de mayo de 2013, hacia las 3: 50 a.m., en las instalaciones del Instituto Politécnica Colombiana, localizada en la Avenida Caracas con calle 46 de esta ciudad, donde se estaban ejecutando unas obras, FRANK HERNÁNDEZ

CASTAÑO y alguien más que logró escapar, se hurtaron varios elementos de herramienta, valuados en \$4.000.000.00, acción en la cual aquéllos rompieron el cielo raso y una ventana.

2.- El 9 de mayo de 2013 la Fiscalía presentó el caso ante el Juez 27 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá en audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del indiciado FRANK HERNÁNDEZ CASTAÑO. La imputación se efectuó por el delito de hurto calificado-agravado, descrito y sancionado en los artículos 239 inciso 2º, 240 Nos. 1 y 4 y 241.10, del Código Penal, con las modificaciones punitivas de que trata la Ley 1142 de 2007, la cual no fue aceptada.

Posteriormente, ante el Juzgado 28 Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá, el día 23 de julio de 2013 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación -en la cual la Fiscalía acusó al imputado FRANK HERNÁNDEZ CASTAÑO, del delito de hurto calificado-agravado, de que tratan los artículos 239 inciso 2º, 240 numerales 1 y 4 (con violencia sobre las cosas y con escalamiento) y 241.10 (pluralidad de personas) del C.P.. Días más tarde, el 19 de diciembre de 2013, ante el Juzgado 29 Penal Municipal con funciones de conocimiento, la audiencia preparatoria, donde se resolvió sobre la pertinencia y conducencia de practicar las pruebas pedidas por las partes y, posteriormente, el 25 de febrero de 2014, el juicio oral. En esta última fecha, se anunció el sentido condenatorio del fallo.

4.- La sentencia fue proferida el 18 de marzo de 2014, y con ella se puso fin a la instancia condenando al acusado FRANK HERNÁNDEZ CASTAÑO, a la pena principal de noventa (90) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la privación de la libertad, al tiempo que no le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, entre otras decisiones, como consecuencia de encontrarlo coautor penalmente responsable del delito de hurto calificado-agravado, imputado en la acusación.

5.- Apelada esta determinación por la defensa -quien a partir de manifestar su inconformidad con la individualización de la sanción impuesta, solicitó disminuirla y concederle a su prohijado la suspensión condicional de la ejecución de la pena-, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia de 23 de abril de 2014 decidió impartirle íntegra confirmación, al resolver en segunda instancia la impugnación interpuesta.

6.- Contra la sentencia de segunda instancia, en oportunidad la defensa interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda¹.

7.- En providencia de trece de mayo último, la Sala decidió inadmitir la demanda de casación presentada, pero al detectar la posibilidad de haberse desconocido una garantía fundamental, dispuso que una vez se surtiera el trámite relacionado con el mecanismo de insistencia, retornaran las diligencias a fin de realizar el estudio atinente a la eventual vulneración del principio de legalidad en la individualización de la pena.

SE CONSIDERA

1.- Según ha sido indicado por la Corte CSJ AP, 20 Jun. 2007. Rad. 26510, en criterio que en esta ocasión se reitera, acorde con la preceptiva contenida en el artículo 29 de la Carta Política <<nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa>>; disposición que establece el principio de legalidad de los delitos y las penas, el cual, desde la época de la Revolución Francesa,

tiende a proteger la libertad individual frente a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales y garantiza a la postre, tanto el principio de igualdad de las personas ante la ley, como el de seguridad jurídica.

Es por tal razón, que se afirma de manera pacífica que una de las características esenciales de un Estado de derecho está constituida por la reglamentación exhaustiva de las facultades de sus servidores públicos, como se deriva del artículo 121 de la Carta Política, en cuyo texto se expresa que <<ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley>>. A su vez, el artículo 122 de la misma Normativa Superior dispone que <<no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento>>.

En este sentido la Corte Constitucional CC C-710, 5 Jul. 2001, ha precisado que:

El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición: de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador.

Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el

individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Su posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como principio rector del uso de las facultades tanto para legislar - definir lo permitido y lo prohibido- como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una institución jurídica compleja conforme a la variedad de asuntos que adquieren relevancia jurídica y a la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad.

En cuanto se refiere a los funcionarios que administran justicia, en el pronunciamiento de esta Sala que párrafos arriba se evoca, se señaló que, además de lo previsto por las anteriores normas, sus facultades se rigen por lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, precepto que establece el principio de imperio de la ley en las decisiones judiciales.

La jurisprudencia ha indicado asimismo, que el principio de legalidad desde el punto de vista de la pena constituye una garantía para el procesado y para la comunidad, pues los ciudadanos tienen la certeza que en ejercicio del ius puniendi, el Estado sólo podrá sancionar en razón de la comisión de una conducta punible dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley, sin que éstos puedan desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales, pues un tal proceder comportaría no sólo violación del referido principio, sino también de los de igualdad de las personas ante la ley y seguridad jurídica, según atrás se indicó.

2.- En este caso, en torno a la individualización judicial de la pena, indicó el juzgador de primer grado:

El delito de Hurto calificado y Agravado, está previsto en los artículos 240 numeral 1º y

4; 241 numeral 10 del Código Penal; el primero de estos establece según la modificación introducida por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007 que, cuando el hurto de los bienes muebles se cometiere con violencia sobre las cosas la pena de prisión será de seis (6) a catorce (14) años, es decir setenta y dos (72) a ciento sesenta y ocho (168) meses; y la segunda disposición agrava la conducta punible en razón a la coautoría en su comisión, incrementando la pena de la mitad a las tres cuartas partes, esto es de ciento ocho (108) a doscientos noventa y cuatro (294) meses de prisión.

Ahora bien, solicita la defensa se dé aplicación a lo establecido en el artículo 56 del C.P., el cual indica que quien realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir de responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición, esto es, noventa (90) a ciento cuarenta y siete (147) meses de prisión.

Posteriormente, realizando la sustracción del mínimo y segmentado en cuatro la cantidad resultante, se conoce la cifra para constituir cada cuarto; uno mínimo, dos medios y uno máximo.

ÁMBITO DE MOVILIDAD

$$90 \text{ Min}-147 \text{ Max} = 57 \text{ m}/4 = 14,25$$

MÍNIMO	MEDIO BAJO	MEDIO	ALTO	MÁXIMO
90 a 104, 25 m a 147 m	104,25	a 118,5	m 118,5	a 132,75 m 132,75

Atendiendo a que el escrito de acusación no reporta circunstancias de mayor o menor

punibilidad de las contenidas en los artículos 55 y 58, en concordancia con el artículo 59 del Código Penal, la pena a imponer se tomará del cuarto mínimo, esto es, de 90 a 104, 25 meses de prisión.

De acuerdo con lo precedente, la pena principal por imponer a FRANK HERNÁNDEZ CASTAÑO, dado los bienes jurídicos afectados, los fines de la pena y los principios de (i) proporcionalidad, según el cual la pena debe ser congruente con la gravedad y entidad del ilícito; (ii) razonabilidad criterio según el cual la pena imponible en el caso concreto debe ser fruto de la tarea de determinación judicial ajustada a las leyes de la prudencia, el equilibrio, la moderación y sensatez, como consecuencia de que el derecho penal está inspirado en ese fundamental principio (C.P. art. 3º); y (iii) necesidad, entendiendo que la sanción penal sólo puede ser aquella que sea imprescindible para cumplir el deber de prevención y así mismo que le reporte un mínimo de afectación al penado, de acuerdo con este análisis, la pena por imponer será de NOVENTA (90) MESES DE PRISIÓN.

3.- El Tribunal, por su parte, al pronunciarse en segunda instancia sobre la impugnación interpuesta, sobre dicha temática, después de reproducir lo normado por el artículo 56 del Código Penal -que establece la circunstancia especial de menor punibilidad cuando la conducta se realiza bajo el influjo de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, siempre que las mismas hayan influido directamente en la realización del comportamiento punible pero además carecen de la entidad requerida para excluir de responsabilidad penal al agente-, indicó lo siguiente:

No obstante, contrario a lo afirmado por el defensor, la Sala advierte que tal atenuante no fue reconocida a la hora de formular imputación ni en ningún otro momento procesal por parte de la Fiscalía. Simplemente, el Fiscal, dentro del traslado de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, informó que el procesado es habitante de la calle, como igualmente aparece en el respectivo informe ejecutivo (folio 68).

En segundo término, ha de tenerse en cuenta que la disminución punitiva no opera simplemente porque el agente haya actuado encontrándose en profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema. Se requiere, además, que esas circunstancias hayan influido directamente en la comisión del delito, de lo cual no existe elemento probatorio alguno.

Es más: según el informe ejecutivo, el enjuiciado cursó estudios hasta 8º de bachillerato y se desempeña como vendedor ambulante (folio 68), lo cual impide pregonar que se trate de una persona en situación de marginalidad, toda vez que un individuo con ese nivel de estudio está capacitado para ejercer una alta gama de actividades lícitas, que le permiten a cualquier persona vivir digna y honestamente. En cambio, lo que ha hecho el acusado es dedicarse a delinquir, como lo muestra su amplio prontuario, por lo menos desde el año 1999.

En ese orden de ideas, resulta altamente extraño que la juez, sin motivación de ninguna especie, haya aplicado el artículo 56 del C.P. (además erróneamente), cuando, reiterase, ni la Fiscalía le reconoció al acusado la atenuante en estudio ni existen medios probatorios que permitan concederla.

En consecuencia, en el presente caso, lo que habría que hacer sería redosificar la pena prescindiendo de los límites contenidos en el artículo 56 del C.P. Sin embargo, por respeto al principio que prohíbe la reforma en perjuicio del apelante, consagrado en el artículo 31 de la Constitución, la Sala se abstiene de modificar la pena impuesta por la a quo.

4.- Conforme se dejó visto, el juzgador de primer grado encontró acreditado que el acusado FRANK HERNÁNDEZ CASTAÑO, junto con otro sujeto que logró escapar, la madrugada del 8 de mayo de 2013, mediante el ejercicio de la violencia sobre las cosas y a través de escalamiento, se apoderó de bienes muebles ajenos, en este caso,

herramientas tales como un taladro, una pulidora, una sierra de mano, una pinza eléctrica, una remachadora, una pistola de percusión y unos rollos de cable, avaluadas por las víctimas en la suma de \$4.000.000.00, las cuales estaban siendo utilizadas en las labores propias de una obra de construcción que se adelantaba en la edificación violentada.

Así mismo, que el acusado llevó a cabo la conducta en condiciones de imputabilidad disminuida, que como fundamento real modificador de los límites de la pena aparece definido en el artículo 56 del Código Penal de 2000, según el cual, <<el que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición>>.

Debido a ello, decidió aplicar las consecuencias jurídicas allí establecidas, sólo que falló en dicho proceso, como en tal sentido fue reconocido por el Tribunal al resolver la apelación interpuesta por la defensa, y pese a advertir el yerro, con desbordamiento de su limitada competencia, impuesta por la expresión de los motivos de disenso contra el fallo de primer grado por parte de la defensa, se apartó de las consideraciones de la primera instancia y en censurable actuación, deliberadamente optó por no corregir el desacierto cometido por el a quo, siendo por tanto imperativo para la Corte hacerlo en sede de casación, respecto de una sentencia que aún no se encuentra ejecutoriada, pues de mantenerla en los términos en que fue adoptada por el juzgador de primer grado y confirmada por el Tribunal, comportaría una violación al principio de legalidad de la pena, debido a la transgresión directa del artículo 56 del Código Penal por interpretación errónea, al haberle hecho producir por defecto unas consecuencias jurídicas que la disposición no establece, con evidente menoscabo de los derechos del acusado.

5.- Consecuencias jurídicas.

Como ya ha sido advertido, con el fin de salvaguardar el principio de legalidad de las penas, establecido en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 184 del Estatuto Procesal de 2004 para corregir oficiosamente este desacierto y, en consecuencia, casará parcialmente la sentencia impugnada para fijar individualizar las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas acorde con el término máximo de duración permitido en la ley aplicada al caso.

5.1.- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 240 y 241 de la Ley 599 de 2000, con la modificación punitiva establecida por la Ley 1142 de 2007, tal como se indicó en el fallo de primera instancia, la pena para el delito de hurto calificado-agravado, oscila entre 108 y 294 meses.

Asimismo, en aplicación de lo previsto por el artículo 56 del Código Penal, la pena no podrá ser mayor de la mitad del máximo ni menor de la sexta parte del mínimo, esto es, para el caso concreto entre 18 y 147 meses.

5.2.- Se advierte en este caso que en la acusación no se imputó de modo específico, claro e indubitable ninguna circunstancia genérica de agravación, o de mayor punibilidad según la terminología adoptada por la Ley 599 de 2000, y ello le permitió al juzgador partir del mínimo punitivo establecido para el cuarto inferior dentro del cual individualizó la pena, razón por la cual este mismo parámetro habrá de ser el considerado por la Corte.

Entonces, siguiendo los lineamientos fijados por los juzgadores de instancia, como en este caso no concurren circunstancias de mayor punibilidad, para individualizar la pena resulta procedente ubicarse en la pena mínima del cuarto inferior (18 meses) como pena definitiva a imponer al acusado por el delito en comento y en ese mismo término se fija la

pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

6.- Libertad del procesado.

Dado que el acusado señor FRANK HERNÁNDEZ CASTAÑO, se encuentra privado de la libertad por cuenta de esta actuación² desde el momento mismo en que los hechos tuvieron ocurrencia, esto es el 8 de mayo de 2013, y con ocasión del pronunciamiento de la Corte resulta condenado a 18 meses de prisión, los cuales a la fecha se encuentran más que superados, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317-1 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011, tiene derecho a que le otorgue la libertad incondicional, conforme así se dispondrá en la parte resolutive, con la advertencia de que esta orden sólo produce efectos si HERNÁNDEZ CASTAÑO no es requerido por otra autoridad en virtud de proceso diferente.

Las restantes determinaciones adoptadas en las instancias se mantendrán incólumes.

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:

1.- CASAR PARCIALMENTE, de oficio, el fallo impugnado para fijar en dieciocho (18) meses la pena de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que debe cumplir el acusado FRANK HERNÁNDEZ CASTAÑO como coautor penalmente responsable del delito de hurto calificado-agravado, a él atribuido en la acusación.

2.- DISPONER la libertad inmediata e incondicional del acusado FRANK

HERNÁNDEZ CASTAÑO, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.

3.- La Secretaría de la Sala procederá a cancelar las órdenes de captura que en el presente asunto se hubieren impartido y las cauciones que hayan sido prestadas, así como a levantar la prohibición de salir del país y las medidas cautelares sobre bienes que habiendo sido dictadas en este proceso se encuentren vigentes. Además, de ser el caso, comunicará lo aquí resuelto a las mismas autoridades a las que se les informó la medida de aseguramiento y las sentencias de primera y segunda instancias.

4.- En lo demás, el fallo de segunda instancia se mantiene incólume.

Contra estas decisiones no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. 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 Fls. 26 y ss. cno. Ppal.

2 Cfr. Fls. 1-5 carpeta.