

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP024-2019

Radicado N° 53602

Aprobado Acta No. 15.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Examina la Corte en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, el 31 de mayo de 2018, confirmatoria, con modificaciones en el monto de la pena y el otorgamiento de subrogados penales, de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad el 23 de noviembre de 2017, por medio de la cual se condenó, luego de que se allanaran a cargos en la audiencia de formulación de imputación, a HEIDELGER ALEXÁNDER LÓPEZ CÓRDOBA y Franklin Copete Rodríguez, a las penas principales de 164 meses y 24 días de prisión, multa en cuantía de \$1.671.890.002 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual a la privación de libertad; al hallarlos responsables, en calidad de coautores, de los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares, uso de documento público falso, fraude procesal y estafa agravada.

Aunque la primera instancia había otorgado a HEIDELGER ALEXÁNDER LÓPEZ CÓRDOBA, el sustituto de prisión domiciliaria por enfermedad grave; y a Franklin Copete Rodríguez, similar beneficio en calidad de padre cabeza de familia, ambos subrogados fueron revocados por el Ad quem.

HECHOS

En calidad de abogados litigantes, HEILDEGER ALEXÁNDER LÓPEZ CÓRDOBA y Franklin Copete Rodríguez, lograron contactos con varios docentes del Departamento del Chocó, a quienes engañaron haciéndoles creer que podían obtener su pensión gracia debido a que los requisitos para el efecto habían sido modificados.

Debido a ello, durante los años 2012 a 2014, obtuvieron los correspondientes poderes y, con certificaciones falsas expedidas por el Secretario de Gobierno del municipio de Nóvita, en las cuales se verificaban inexistentes nombramientos y posesiones de los docentes, así como tiempos de servicio, presentaron sendas reclamaciones ante la UGPP -Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-.

Obtenido el reconocimiento del pago de las pensiones, los abogados en cuestión se hicieron

al 50% de lo liquidado por el retroactivo y primera mesada de cada beneficiario, hasta obtener la suma de \$ 1.441.284.700.03.

ACTUACIÓN PROCESAL

Como quiera que respecto de hechos similares se adelantaban dos investigaciones independientes, los días 17 de febrero y 17 de marzo de 2017, respectivamente, se formuló una primera imputación, en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Quibdó, en contra de HEILDEGER ALEXÁNDER LÓPEZ CÓRDOBA y Franklin Copete Rodríguez, por los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares, uso de documento público falso, fraude procesal y estafa, a los cuales se allanaron.

Y, el día 12 de julio de 2017, ante el Juzgado primero Penal Municipal Ambulante de Quibdó, fue adicionada la imputación en contra de LÓPEZ CÓRDOBA y Copete Rodríguez, a quienes se atribuyeron las conductas punibles de enriquecimiento ilícito de particulares, uso de documento público falso, fraude procesal y estafa, recibiendo también la aceptación voluntaria de cargos por parte de los imputados.

Acorde con lo anotado, el 14 de septiembre de 2017, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó, se celebró la audiencia de individualización de pena, en la cual se verificó la legalidad de los cargos aceptados, se anunció sentido de fallo condenatorio y fueron presentados los elementos de juicio referidos al monto de pena y otorgamiento de subrogados penales.

El 23 de noviembre de 2017, fue leída la sentencia de condena, en la cual se impuso a HEILDEGER ALEXÁNDER LÓPEZ CÓRDOBA y Franklin Copete Rodríguez, pena de 96 meses de prisión y multa en cuantía \$1.671.890.002, como coautores de los delitos objeto de imputación de cargos y consecuente allanamiento a los mismos.

De igual manera, se otorgó a ambos procesados el beneficio de prisión domiciliaria, ora por

grave enfermedad, en lo que toca con LÓPEZ CÓRDOBA; ya en atención a su condición de padre cabeza de familia, respecto de Copete Rodríguez.

Apelada la decisión por la representación de las víctimas y el Ministerio Público, con fecha del 31 de mayo del 2018, el Tribunal de Quibdó emitió sentencia de segunda instancia en la que, a más de confirmar la condena, incrementó el monto de pena a 164 meses y 24 días de prisión, y revocó la prisión domiciliaria otorgada a ambos acusados.

En contra del fallo de segundo grado interpusieron recurso de casación los defensores de los dos procesados, aunque con fecha del 10 de agosto de 2018, fue declarado desierta la impugnación presentada en favor de Franklin Copete Rodríguez.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. Cargo primero

El recurrente acusa a la sentencia, acorde con la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, de violar directamente la ley sustancial, en concreto, el artículo 31 del C.P., que regula la dosificación de la pena en los casos de concurso de conductas punibles.

Al efecto, destaca el demandante que en su labor de determinación de la pena, el Tribunal, que estimó irregular la tarea del A quo, pues, no discriminó en concreto la sanción para cada delito, partió del enriquecimiento ilícito de particular, dosificado en 130 meses, como la pena base, a la cual sumó 94 meses por el fraude procesal, 42 meses y 15 días por uso de documento público falso, 7 meses por la estafa consumada y 1 mes y 6 días por la tentativa, hasta obtener un total de 274 meses y 21 días, a los cuales redujo el 40 %, en razón al allanamiento a cargos de ambos procesados, derivando la pena última en 164 meses y 21 días de prisión.

El error en la cuantificación descrita, aduce el recurrente, estriba en que el sentenciador de

segundo grado desconoció el límite señalado en el artículo 31 del C.P., atinente a que la pena por el concurso no ha de superar hasta en otro tanto la sanción base, de lo que se sigue que el máximo imponible, si la base se remitía a 130 meses, no podía ser superior a 260 meses, pese a lo cual ordenó 274 meses y 21 días, previo a la reducción por la aceptación temprana de cargos.

2. Cargo segundo

También lo ubica el impugnante en la causal primera, pero ahora detalla la violación directa del artículo 68 del C.P., que desarrolla el subrogado de la prisión domiciliaria.

Dice el recurrente, que lo solicitado por él como defensor y otorgado por el A quo, fue la prisión domiciliaria por enfermedad grave, y no la que entendió el Tribunal, sustitución de la detención preventiva por domiciliaria.

Además, acota, el Tribunal limitó el contenido del artículo 68, pues, en los casos de grave enfermedad no es necesario que se ejecutorie el fallo para que se haga efectiva la medida por los jueces de ejecución de penas, si se ha demostrado, como aquí, que el padecimiento del acusado es incompatible con la vida en reclusión.

3. Cargo tercero

El demandante, sin relacionar causal específica o norma concreta vulnerada, aduce que no debió otorgarse solo el 40% de reducción de pena en atención al allanamiento a cargos, sino el máximo posible, esto es, un 50%, dado que el acusado HEIDELGER ALEXÁNDER LÓPEZ aceptó su responsabilidad en un momento temprano y colaboró con la investigación al momento de rendir interrogatorio.

Pide el impugnante, como solicitud general para todos los cargos, que se case parcialmente el fallo atacado a efectos de rebajar a 150 meses de prisión la pena por el concurso de

conductas punibles, otorgar la prisión domiciliaria a HEIDEGER LÓPEZ, y concederle la rebaja del 50% de la pena por ocasión de allanarse a cargos.

ALEGATOS DE LAS PARTES

1. EL DEMANDANTE

En curso de la audiencia programada para el efecto, el defensor del acusado reiteró las razones que gobernaron los cargos propuestos.

Pide de la Corte, aparte de lo anotado, que examine la posibilidad de definir algún tipo de nulidad que vicie el trámite, pues, en su sentir, la representación de las víctimas y el Ministerio Público no tenían interés para apelar el fallo de primera instancia en lo que toca con el monto de pena y la concesión de los subrogados penales.

2. EL DEFENSOR NO RECURRENTE

Dice coadyuvar los argumentos y pretensiones del demandante en casación, aunque estima necesario reforzar el cargo segundo, pues, entiende injustificada la revocatoria que hizo el Tribunal del sustituto de prisión domiciliaria otorgado a ambos procesados, entre otras razones, porque lo expuesto por la Corte en la radicación 45905, no obedece a la verdad, en tanto, ninguna norma atribuye competencia expresa a los jueces de ejecución de penas para pronunciarse respecto del beneficio en cuestión.

Estima, entonces, que se efectuó, por parte del Tribunal, una aplicación indebida de los artículos 38 a 38 G del C.P.

Pide, en otro orden de ideas, que la Corte haga uso de su facultad oficiosa para otorgar a su representado judicial, Franklin Copete Rodríguez, el sustituto de prisión domiciliaria por su condición de padre cabeza de familia, dado que el Tribunal revocó lo resuelto por el A quo, a partir de afirmaciones no comprobadas y en claro desmedro de los derechos que constitucionalmente y con primacía se entregan a los menores, incluso desconociendo decisiones que otros jueces han tomado sobre el particular.

3. EL MINISTERIO PÚBLICO

Acerca del primero de los cargos, pide se case parcialmente la sentencia, pues, en efecto, el Tribunal desbordó los límites fijados por el artículo 31 del C.P., respecto del concurso de conductas punibles, al sobrepasar en más del doble la pena tomada como base, esto es, los 130 meses de prisión fijados por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, a los cuales agregó 144 meses y 21 días, superando en 14 meses y 21 días el máximo permitido allí.

Respecto del segundo cargo, la Delegada afirma que no debe atenderse al criterio del demandante, dado que el Tribunal tuvo en cuenta el criterio “objetivo” dispuesto en el artículo 68 del C.P., para revocar la sustitución de prisión domiciliaria otorgada a los procesados, a lo cual se suma que, hallándose los acusados en detención preventiva por cuenta de otro proceso, son los jueces de ejecución de penas los que en este asunto deben pronunciarse respecto de la dicha sustitución.

Y, en torno del tercer cargo, se muestra de acuerdo con la Fiscalía en que solo se debe reducir el 40% de pena por allanamiento a cargos, dado que los acusados no devolvieron lo apropiado y tampoco su aceptación de responsabilidad fue trascendente de cara a lo que probatoriamente había recaudado el ente investigador.

4. LA FISCALÍA

Advierte que debe prosperar el primer cargo de la demanda, como quiera que, en efecto, el Tribunal desbordó los límites fijados en el artículo 31 del C.P., para la dosificación de pena en los casos de concurso de conductas punibles, entre otras razones, porque ya la jurisprudencia de la Corte, que cita, ha puntualizado cómo el incremento del “otro tanto” establecido en la norma, opera sobre el delito base debidamente dosificado y no en abstracto.

Debe la Sala, así, casar parcialmente la sentencia en favor de ambos condenados.

En torno del segundo cargo, la Fiscal solicita no atender la pretensión del demandante, dado que, como lo ha dicho la Corte, si los procesados no se hallan privados de la libertad por este asunto, no es posible sustituir una inexistente detención preventiva por domiciliaria y, entonces, cabe al juez de ejecución de penas referirse a la mutación de la pena de prisión efectiva por domiciliaria, en tanto, reclama de la ejecutoria del fallo

Por último, en torno de la solicitada rebaja del 50% por allanamiento a cargos, la Fiscalía sostiene que tuvo razón el Tribunal en otorgar apenas el 40%, dado que los procesados no devolvieron la alta suma de dinero apropiada de las arcas estatales y la investigación adelantada por ese ente contaba con elementos sólidos de prueba que tornan írrita la colaboración en este sentido surtida por HEILDEGER LÓPEZ CÓRDOBA.

5. LA REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD AFECTADA

Coincide con el demandante, la Fiscalía y el Ministerio Público, en que debe casarse

parcialmente el fallo atacado, a efectos de adecuar la dosificación de la pena a lo que consagra respecto del concurso de conductas punibles el artículo 31 del C.P., dado que el incremento dispuesto por el Tribunal desbordó el máximo permitido allí.

En torno del tercer cargo, que prefirió abordar previo al segundo, la representante de víctimas señala que no debe accederse a la pretensión encaminada a obtener una rebaja de pena, por allanamiento de cargos, del 50%, habida cuenta que los elementos de juicio necesarios para determinar la responsabilidad de los acusados, fueron presentados por la entidad que representa y, así mismo, la Fiscalía allegó otros medios de corroboración, entre ellos, las entrevistas con los docentes, que desdibujan la supuesta colaboración entregada por el acusado LÓPEZ CÓRDOBA en el interrogatorio surtido ante la Fiscalía.

Además, acota, los procesados no devolvieron lo apropiado, que al presente asciende a una suma más elevada de la que se fijó en el fallo.

Finalmente, atinente al sustituto de prisión domiciliaria, la no recurrente sostiene que se solicitó un nuevo informe de medicina legal respecto de la real condición de salud de HEILDEGER LÓPEZ, pero este no fue aceptado.

De igual manera, respecto de Franklin Copete, debe tomarse en consideración que no fue demostrada su condición de padre cabeza de familia e incluso puede advertirse que instrumentalizó a su hija para acceder al beneficio.

De todas formas, culminó, en razón a que los procesados no se encuentran detenidos por causa de este proceso, es al juez de ejecución de penas al que le cabe resolver sobre la cuestión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuestión previa

Dado que el demandante dejó deslizar al finalizar su intervención en la audiencia de alegatos, la necesidad de que la Corte examine, de oficio, la posibilidad de decretar la invalidez de parte de lo actuado en atención a que se concedió la apelación del fallo de primer grado a quienes, en su sentir, carecían de interés para el efecto, la Sala estima pertinente analizar, previo el examen de los cargos, este tópico, no sin antes advertir que si de verdad el recurrente consideraba existir dicha irregularidad, así debió postularlo oportunamente en la demanda, dado que la audiencia de sustentación no es escenario adecuado para adicionar cargos a los ya admitidos por la Sala previamente.

Para el efecto, ha de partir por señalarse que en tratándose de un fallo anticipado por allanamiento a cargos de los procesados, la inconformidad de los apelantes estribó, en lo que toca con el Ministerio Público, en que no se tuvieron en cuenta circunstancias particulares que debieron incidir para incrementar la pena del delito base dentro del cuarto medio elegido; y, además, que en la dosificación por el concurso de conductas punibles solo se tomaron en consideración los tipos heterogéneos, pero se pasó por alto la suma de delitos homogéneos que cada uno contiene.

A su turno, tanto el Procurador como la representación de la entidad pública afectada coincidieron en solicitar que se revoque la concesión de la prisión domiciliaria a ambos acusados, por estimar que no se cubren las exigencias legales establecidas para ese efecto. La segunda, además, cuestionó el porcentaje máximo de rebaja del 50% por allanamiento a cargos, otorgado por el A quo.

Acerca del interés de la víctima para recurrir las decisiones penales, esto se dijo en reciente decisión de la Sala¹:

En efecto, como se sabe los recursos como medios de impugnación de las decisiones judiciales, además de ser interpuestos en tiempo y debidamente sustentados, a esos mecanismos puede acudir sólo la parte o el interviniente con interés para recurrir, es decir

que aquéllos únicamente pueden cuestionar las determinaciones que les acarrearán algún tipo de lesión o afectación de los derechos inherentes a su condición.

En tratándose de la víctima, la cual ostenta legitimación como interviniente en la sistemática procesal diseñada en la Ley 906 de 2004, a través de la respectiva actuación los funcionarios deben velar por que se hagan efectivos sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

Justamente en relación con los dos primeros (el último se concretará si ésta eventualmente promueve el incidente de reparación integral luego de la ejecutoria del fallo), observa la sala que el punto atacado de la sentencia de primera instancia desconoció las referidas garantías.

Repárese en que la víctima estuvo conforme con la situación fáctica declarada por el a-quo y la adecuación típica dada a la misma por ese funcionario (como igual estuvieron la Fiscalía, el Ministerio Público, y el binomio defensa-procesado), razón para colegir que por ese aspecto frente a su derecho a la verdad ningún agravio en concreto representó esa decisión, pues esa prerrogativa implica propender por la determinación precisa y exacta de cómo ocurrieron los hechos, y su correspondencia acertada con una o varias cláusulas penales.

Así mismo ese interviniente ninguna discrepancia expresó en relación con la magnitud de pena impuesta por el juzgador de primer grado, con lo cual también es inobjetable la incolumidad a su derecho a la justicia, ya que acerca de la dosificación del castigo estaba habilitada para ejercer la apelación para buscar la protección de la citada garantía, en procura de que se impusiera al responsable la condigna sanción y así evitar que la conducta quedara en la impunidad, según lo tiene decantado la Corte Constitucional² y la jurisprudencia de esta Sala³.

12. La jurisprudencia aludida permite advenir entonces que “el interés de la víctima ya no

se encuentra circunscrito únicamente a conseguir la indemnización de perjuicios, pues también comprende el interés en lograr la justicia y la verdad. Lo primero, orientado a que la conducta delictiva no quede en la impunidad, se le imponga al responsable la condigna sanción y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento. Y lo segundo, para que se determine de manera precisa y exacta la forma como tuvieron ocurrencia los hechos”⁴ (negritas ajenas al texto), es decir, que la opinión de la víctima igualmente tiene injerencia en la concesión de mecanismos relacionados con la forma y términos de ejecución del respectivo castigo.

Esto último siempre y cuando, como lo tiene decantado esta Corporación, en el ejercicio de oposición por parte de la víctima al reconocimiento de los subrogados penales al procesado, demuestre aquélla la relación o nexo con sus derechos, esto es que “se le impone la obligación de acreditar el perjuicio concreto que tal determinación contrajo en el marco de sus derechos a la verdad y justicia”⁵.

En el presente asunto la inconformidad de la apoderada de la víctima se circunscribió justamente a la concesión del subrogado de la prisión domiciliaria, y de los argumentos expuestos en la respectiva sustentación deviene claro que la réplica obedeció a que estimó vulnerado su derecho a la justicia efectiva y a la no repetición, con base en que la sanción sustitutiva favorecería la comisión de nuevos actos de violencia por parte del acusado⁶.”

A su turno, respecto de la participación del Ministerio Público en el trámite penal, recientemente la Corte, reiterando decisiones anteriores de esta Corporación y con sustento en sentencias de exequibilidad de la Corte Constitucional, ha resaltado el rol principal que como garante de derechos fundamentales y vigilante de la legalidad de las decisiones, tiene este interviniente especial, de la siguiente manera⁷:

“3.36. En ese contexto, las funciones que la Ley 906 de 2004 le asignó al Ministerio Público responden, unas, a su condición de garante de los derechos humanos y de los derechos

fundamentales y, otras, a su gestión como representante de la sociedad. Y aunque su actividad es más contemplativa en este modelo de enjuiciamiento, asumiendo un rol marcadamente pasivo, en todo caso debe ser vigilante. Por eso, su intervención «siempre estará presidida por la vigencia de los bienes jurídicos cuya guarda se le encomendó, lo cual explica que su participación no alcance la plenitud de la calidad de parte, razón por la cual el código expresamente autoriza su presencia para convalidar o legitimar los actos que afectan las garantías fundamentales; faculta su intervención frente a la disposición y el ejercicio de la acción penal; permite su participación activa en la realización de las audiencias; le concede cierta participación en la dinámica probatoria; le encomienda de manera especial y específica la protección de los intervinientes procesales; le otorga capacidad de injerencia en lo relacionado con la privación de la libertad; le encarga la protección de la legalidad de las decisiones judiciales; y, lo erige como garante de la imparcialidad, de la independencia judicial y del juez natural; para lo cual dispone frente a esos cometidos constitucionales de las acciones y recursos previstos en el ordenamiento»⁸.

Bajo los derroteros arriba transcritos y partiendo de la base de que el defensor ningún argumento esbozó para soportar su solicitud de casación oficiosa por la presunta falta de interés que acompañaba a la representación de la víctima y el Ministerio Público en su cometido de apelar el fallo de primer grado, debe señalar la Sala que no comporta irregularidad alguna la decisión del Tribunal de examinar la sentencia del a quo en consonancia con dicha impugnación, en tanto, los puntos objeto de debate perfectamente podían ser controvertidos por el Procurador y la representante de la entidad afectada con los delitos.

En efecto, está claro que la víctima, dentro de los presupuestos de justicia que animan su intervención en el proceso penal, estaba habilitada para controvertir el monto de la sanción, por estimarlo inferior a lo que obligaba la magnitud del delito y sus efectos concretos, como así lo hizo ver en la correspondiente alegación.

En términos de la jurisprudencia citada al inicio, la víctima pretendió con la apelación, no solo evitar impunidad, sino que se impusiera a los acusados “la condigna sanción”.

Y si bien, puede aparecer discutible su inconformidad con la concesión de la prisión domiciliaria a ambos procesados, de cara a los requisitos contemplados para el efecto, estima la Corte que en atención al tipo de delito ejecutado y el enorme daño ocasionado al presupuesto público, superior a los cuatro mil millones de pesos, es dable entender que, efectivamente, el interés de la institución se hermana con un explicable deseo de justicia.

Por lo demás, respecto de este último tópico, no puede olvidarse que la controversia acerca del otorgamiento del beneficio en cuestión, también hizo parte principal de lo alegado, con similar pretensión y argumentación, por la representación del Ministerio Público, plenamente legitimada para el efecto dadas sus amplias facultades –reseñadas en la jurisprudencia citada arriba-, sea porque propende por la legalidad del fallo, o ya en atención a que vigila los intereses de la sociedad y expresamente se le han atribuido funciones que dicen relación con la privación de libertad.

Dígase, por último, que en tratándose, las consecuencias penales discutidas, de un tópico que dimana del trámite de allanamiento a cargos adelantado con los dos procesados, la Corte Constitucional ha advertido cómo dentro de la perspectiva de justicia premial debe darse voz a la víctima, así no pueda evitar el acuerdo, aunque esto último se suple con las amplias posibilidades de impugnación que respecto de lo acordado y su traducción en el fallo, se le ofrecen⁹.

No existen, así, razones para estimar la invalidez que sin mayores precisiones pidió decretar de oficio el defensor demandante.

1. Cargo primero

La coincidencia de las partes en sede de la audiencia de argumentación, informa del evidente desacierto en que incurrió el Tribunal al momento de dosificar la sanción a imponer por el concurso de delitos atribuido a los acusados, en clara desarmonía con lo que sobre el particular contempla el artículo 31 del C.P.

Es, el tema referido a las limitaciones punitivas en la suma de conductas punibles objeto de condena, un aspecto amplia y suficientemente tratado por la Corte, sin que el Tribunal hubiese explicado la razón que justificara apartarse de los lineamientos de la Sala, pues, sin más, se limitó a incrementar sobre la pena base, 130 meses de prisión, los montos que estimó a bien respecto de los delitos concursantes, hasta definir un total de 274 meses y 21 días.

Desde luego, como lo reseñan el demandante y los no recurrentes, dicho monto supera el límite máximo que para estos eventos contempla el artículo 31 del C.P., en clara extralimitación de la norma.

De manera clara e ilustrativa, la Corte en reciente decisión fijó el punto, en un asunto marcadamente similar al que nos ocupa:

2. El principio de legalidad implica la formulación previa de la ley, en la que deben aparecer no sólo descritos de manera clara y detallada los comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos se reputan delictivos, sino también su respectiva consecuencia jurídica. Así, esa definición es límite para el Estado y garantía para el ciudadano, por ello el operador jurídico debe acatar el marco de punibilidad previsto en el tipo penal ponderando los criterios que la misma ley prescribe para su cuantificación.

En acatamiento y desarrollo de ese derecho superior, de rango universal, el legislador consagró que en materia de concurso de ilicitudes el sujeto agente que incurra en varias infracciones a la ley penal «quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética

de las que correspondan a las debidas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas» (Resaltado de la Sala).

En esa secuencia, ha dicho la jurisprudencia que tratándose de concurso de delitos la punibilidad de las conductas concurrentes no es autónoma, ni discrecional, sino que se determina con fundamento en la disposición que establezca el monto más grave, de modo tal que el quantum que constituye el referente en esta clase de hipótesis equivale a la sanción prevista para el tipo base, «aumentada hasta en otro tanto»:

“El artículo 31 de la Ley 599 de 2000, prevé que a quien con una sola acción o una omisión, o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, se le impondrá una sanción equivalente a la prevista para la pena más grave, aumentada “hasta en otro tanto”, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, debidamente dosificados cada uno de ellos, y sin que la privación de la libertad exceda de los 40 años de prisión, si se trata de un hecho ocurrido antes de la Ley 890 de 2004, pues esta aumentó hasta 60 años ese marco máximo. [...] Sobre este precepto, la jurisprudencia de la Sala ha extractado las siguientes conclusiones:

El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”.

La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad

que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibídem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]

Es a partir de dicha “pena más grave” con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto “hasta en otro tanto”. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave [Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458].

El incremento de “hasta en otro tanto” de “la pena más grave” no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso, de conformidad con lo que prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 [Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987].

En todo caso, la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino tiene que representarle una ventaja sustancial al procesado [...]». (CSJ SP 14845-2015)

3. De esta manera, surge que en el sub examine, si la pena más grave era la correspondiente al delito de receptación agravada (36 meses), el incremento aplicable por cuenta del concurso de ilicitudes no podía superar ese guarismo que constituye el «hasta otro tanto» al que se refiere el artículo 31 del Código Penal. Sin embargo, y pese a que así lo anotó el Tribunal en sus consideraciones, impuso por el concurso 42 meses, excediendo el límite señalado en el canon en comento.

En consecuencia, debe ajustarse la sanción irrogada a ese baremo, lo que arroja una sumatoria de setenta y dos (72) meses (el doble de la pena en concreto del delito más

grave), quantum que por demás no supera la suma aritmética que correspondería para cada una de las infracciones en las que incurrió la procesada DÍAZ RODRÍGUEZ.”

De lo transcrito caben destacarse, a manera de postulados orientadores de la dosificación punitiva en el concurso de conductas punibles: (i) debe, en primer lugar, individualizarse la pena a aplicar por cada delito concursado; (ii) efectuado ello, se ha de precisar cuál de todos los delitos, una vez definida su sanción en concreto, es el más grave, para lo cual basta con verificar el monto de sanción determinado; (iii) ese guarismo base comporta dos criterios límite para el incremento por los punibles concurrentes: 1. La suma aritmética de lo definido para cada delito; 2. El doble o “hasta otro tanto”, del delito base; (iv) el juez debe incrementar la pena por el concurso, atendido el baremo que resulte más favorable al procesado, razón por la cual escogerá el criterio de “hasta otro tanto”, cuando la suma aritmética de los delitos debidamente dosificados, supere el doble del delito base.

Para el caso concreto, el Tribunal adelantó sin dificultades los presupuestos atinentes a dosificar cada delito e identificar el que posee la sanción, en concreto, más grave, pero sin mayores explicaciones decidió sumar a la pena soporte un rango de sanción específica por cada uno de los punibles concurrentes –como, ya lo ha dicho la Corte, debe hacerse-, solo que no tuvo en cuenta el límite establecido en el artículo 31 del C.P. –hasta otro tanto- y, entonces, el total de lo agregado superó en más del doble la sanción base.

Vale decir, si el ad quem, de manera adecuada, se repite, fijó en 130 meses de prisión la pena individualizada más grave, referente al delito de enriquecimiento ilícito de particular, solo podía sumar por los delitos concurrentes, no importa su número o gravedad, 130 meses más, para un total, legal, de 260 meses de prisión.

Así las cosas, como el Tribunal desbordó en 14 meses y 21 días el máximo legal permitido, la Corte casará parcialmente el fallo a efectos de descontar este guarismo y así fijar, previo el respectivo descuento por allanamiento a cargos, en 260 meses la pena aplicar por el

concurso de conductas punibles despejado en desfavor de ambos acusados.

Ahora, como el Tribunal fijó en un 40% el porcentaje de rebaja a que tienen derecho los procesados por el acogimiento temprano a cargos, la sanción última, hecha la rebaja, asciende a 156 meses de prisión, monto por el cual se modificará el fallo, en favor de ambos procesados, como ya se anotó.

La Sala aclara que desde este momento se dio a la tarea de fijar en definitiva la pena por la cual se casará parcialmente la sentencia, en atención a que, como se verá cuando se aborde el tercer cargo, no tiene eco la solicitud de la defensa encaminada a que el monto de reducción por allanamiento a cargos ascienda al 50%.

2. Cargo segundo

Si, como lo sostiene en el cargo el demandante y coadyuva el defensor del no recurrente en su intervención durante la audiencia de alegaciones, lo solicitado en su momento ante la primera instancia, fue que se sustituyera la pena de prisión intramural por la domiciliaria, en atención a que el procesado HEIDELGER ALEXÁNDER LÓPEZ CÓRDOBA padece una grave enfermedad, lógica y legal se ofrece la decisión del Tribunal de decirse incompetente para resolver el tema, visto que, como ya lo ha sostenido la Corte, es este un tema propio de los jueces de ejecución de penas y medida de seguridad.

Al respecto, en fecha reciente la Corte tuvo oportunidad de hacer hincapié en torno de los mecanismos sustitutivos de la prisión efectiva, de la siguiente manera¹⁰:

“Ahora bien, examinado el motivo por el que el a quo estimó procedente la aplicación de la prisión domiciliaria, observa la Corte que el mismo está relacionado con la causal de sustitución de la detención preventiva, prevista en el artículo 314, numeral 2º, de la Ley 906

de 2004, relativa a que ésta podrá sustituirse por la del lugar de residencia «cuando el imputado o acusado fuera mayor de sesenta y cinco (65) años siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia».

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala¹¹, el mencionado precepto, aplicable por razón de lo dispuesto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, como un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, solo puede ser reconocido, una vez ejecutoriada la respectiva sentencia, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, puesto que:

«... en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria»¹².

Así las cosas, emerge claro que, de una parte, no procede el reconocimiento de la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38 del Código Penal por ausencia del requisito objetivo y, de otro lado, el Tribunal no era competente para pronunciarse en la sentencia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, de conformidad con el artículo 461 de la Ley 906 de 2004; por tanto, se revocará el numeral segundo de la parte resolutive del fallo impugnado.

La decisión cuyos apartados importantes acaban de transcribirse, fue objeto de cuestionamiento por parte del defensor del procesado no recurrente Franklin Copete Rodríguez, el cual, para ese efecto, apenas señala que ninguna norma contempla

expresamente que en estos casos debe ser el juez de ejecución de penas el que haya de conocer del asunto, en lugar del funcionario encargado de emitir la sentencia.

Pasa por alto el letrado, sin embargo, el contenido expreso del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, en cuanto, refiriéndose en concreto al mecanismo de “sustitución de la pena”, detalla que “El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”.

Precisamente, esos casos de sustitución de la detención preventiva se regulan en el artículo 314 ibídem, que contempla, entre otros, la grave enfermedad, edad superior a 65 años o la condición de padre cabeza de familia.

De ello se obtiene, entonces, que en los casos de sustitución de la detención preventiva el competente para conocer del asunto lo es el juez de control de garantías, si la controversia opera antes de anunciarse el sentido del fallo, o el de conocimiento, cuando se ha superado este estadio procesal y no se ha ejecutoriado la sentencia; pero en los casos en los cuales se busca con vocación de permanencia que se sustituya, no la medida de aseguramiento, sino la pena fijada, el asunto necesariamente remite a los jueces de ejecución de penas, “todo ello surgido con posterioridad a la ejecutoria del fallo”, como se viene diciendo desde 2006¹³.

Por lo demás, la interpretación prohiada por la Sala es la que mejor se aviene con el examen contextualizado del tema, como quiera que más que circunstancias jurídicas consolidadas, en los casos de sustitución se advierte de hechos que perfectamente pueden surgir intempestivos o materializarse en un concreto momento que no necesariamente ocurre antes del fallo o con ocasión de este, razón por la cual su solicitud opera, dependiendo de ese factor cronológico, en sede de sustitución de la medida de aseguramiento, con competencia de pronunciamiento para el juez de control de garantías y

el de conocimiento; o como sustituto de la prisión, en cuyo caso la intervención corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

De esta manera, si sucede que el hecho que configura la causal de sustitución opera previo a la ejecutoria del fallo, lo adecuado es pedir al juez de control de garantías o de conocimiento que se pronuncie al respecto, en sede de modificación de la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural; pero, si lo que se quiere es que la pena dispuesta en el fallo sea sustituida, ya el criterio jurídico y efectos de lo pedido son asaz diferentes y por este motivo corresponde pronunciarse a una autoridad distinta, una vez ejecutoriada la sentencia.

Es por ello que en el caso concreto ninguna de las dos opciones opera en favor de los procesados, independientemente de la razón que gobierna su solicitud, pues, como lo sostuvo el Tribunal, no puede asumirse que se trata de la sustitución de la medida de aseguramiento, simplemente porque los acusados no se encuentran soportando algún tipo de limitación por ocasión de este proceso, así que, por elemental sustracción de materia, no puede sustituirse lo que no existe.

Y, a la vez, si lo que pretende la defensa, como lo sostiene en la demanda de casación, es acceder a la sustitución de la prisión, ello obliga esperar a la ejecutoria del fallo, para que lo resuelva el funcionario competente.

No se aprecia adecuado sostener que aquí se trata de una situación urgente -dígase la grave enfermedad que se afirma afecta a HEILDEGER LÓPEZ- que reclama inmediata respuesta, precisamente porque, cabe reiterar, dentro de este proceso no soporta él ninguna medida de aseguramiento, así que, aun si se señala que el hecho es anterior a la ejecutoria del fallo, lo cierto es que lo pretendido es hacerlo valer para la prisión ordenada en la condena.

Huelga anotar que el pronunciamiento de la Corte en sede de casación genera la ejecutoria

del fallo, así que de inmediato podrá la defensa realizar el mismo tipo de solicitud ante el juez de ejecución de penas competente.

En este sentido, la Sala verifica solo una especie de digresión sin efecto ninguno respecto de lo decidido, los apartes argumentales que destina el Tribunal para asumir no cubiertos los requisitos contemplados en la ley a afectos de otorgar la sustitución de la prisión, pues, si previamente advirtió carecer de competencia para definir el tema, se verifica innecesaria e intrascendente la referencia a aspectos de fondo.

Completamente legal y acorde con la jurisprudencia de la Corte se aprecia, entonces, la decisión del Tribunal de revocar los beneficios sustitutivos de la prisión otorgados a ambos acusados, razón por la cual el cargo debe desestimarse.

3. Cargo tercero

Como antes se anunció, la Corte verifica que lo decidido por el Tribunal en torno del porcentaje de reducción de pena por allanamiento a cargos, comporta plena legalidad y se aviene perfectamente con los criterios que gobiernan el tema.

En efecto, el Ad quem destacó cómo los procesados no solo se abstuvieron de reintegrar aunque fuese un porcentaje de la alta suma de dinero esquilmada al Estado, sino que su colaboración efectiva resulta discutible si se tiene en cuenta que la Fiscalía pudo allegar un amplio piélago probatorio con el cual soportar la eventualidad de un juicio.

En la cita jurisprudencial referenciada en el fallo atacado¹⁴, efectivamente, la Sala precisó que incluso en los casos en los cuales se pudiera determinar una eficaz ayuda del procesado o su cabal participación para evitar un proceso largo y dispendioso, el factor atinente a la minimización del daño por la vía de la reparación, sigue siendo fundamental para efectos de

examinar el porcentaje de reducción de pena.

En estas circunstancias, si se conoce que los acusados obtuvieron para sí un beneficio patrimonial superior a los mil millones de pesos, desde luego que la omisión en devolver algo de lo percibido se erige en factor objetivo trascendente para obligar reducir el monto del beneficio atemperatorio de pena.

Máxime que, se reitera, la crítica del demandante apenas estriba en destacar una supuesta colaboración del acusado durante el interrogatorio al que fue sometido, cuyos efectos concretos se desconocen, pero además, en nada inciden respecto del hecho incontrastable de no haber reparado ni ofrecido reparar en algo el enorme perjuicio causado, al paso que tampoco se examina si de verdad la Fiscalía contaba o no con prueba amplia y suficiente.

Es claro, así, que los argumentos utilizados por el Tribunal, acorde con lo solicitado por los apelantes, no aparejan ningún tipo de ilegalidad o vicio, a más que consultan las circunstancias específicas del caso, razón suficiente para que el cargo deba ser desestimado.

En suma, la Sala casará parcialmente el fallo atacado, a efectos de disminuir a 156 meses la pena de prisión ordenada en disfavor de ambos acusados.

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

CASAR parcialmente la sentencia impugnada.

En consecuencia, la pena de prisión que deben descontar HEIDELGER ALEXÁNDER LÓPEZ CÓRDOBA y FRANKLIN COPETE RODRÍGUEZ, por razón de este proceso, asciende a CIENTO

CINCUENTA Y SEIS MESES. En igual lapso se determina la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Radicado 46784, del 4 de abril de 2018

2 Cfr. C-228 de 2002, C-979 de 2005, C-454 de 2006, C-579 de 2013 y C-180 de 2014.

3 Cfr. CSJ. SP. 27 abr. 2011, rad. 34547, y SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad. 44840.

4 Cfr. CSJ. SP. 27 abr. 2011, rad. 34547.

5 Cfr. CSJ. SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad. 44840, dentro de la cual se citan, en lo pertinente las decisiones AP. 11 nov. 2009, rad. 32564; SP. 6 dic. 2012, rad. 36771; y SP, 14 oct. 2015, rad. 42388.

6 Carpeta principal, folios 53-54. CD de 15 de abril de 15, record 27:22 a 31:22. Señaló que incluso con posterioridad a la declaración de culpabilidad, el acusado llevó a cabo más acciones violentas contra la denunciante.

7 Radicado 45098, del 20 de junio de 2018

8 CSJ SP 5 pct. 2011, rad. 30592.

9 Sentencia C-516 de 2007

10 Radicado 45905, del 3 de febrero de 2016

11 CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41300; CSJ AP, 30 jul. 2014, rad. 38262; entre otras.

12 Ibídem

13 Radicado 25724 de 2006

14 Radicado 39831 de 2017