

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Aprobado Acta No. 336

Bogotá D.C., Octubre nueve (9) de dos mil trece (2013).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de MARCO FIDEL FLÓREZ OCAMPO, en contra de la sentencia de 5 de abril de 2013, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la que emitiera el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, por cuyo medio lo condenó como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El aspecto fáctico fue presentado por los juzgadores así:

“...el 25 de mayo de 2012, a las 17:00 horas, funcionarios de policía judicial, debidamente identificados con chalecos y carnets, proceden a realizar la orden de

allanamiento y registro, autorizada por la Fiscalía 64 Seccional de la URI Aguablanca, al inmueble ubicado en la carrera 41-D entre las nomenclaturas 46-24 y 46-36, al frente de la placa 46-25 del barrio Unión de Vivienda Popular, ingresando a la primera planta encontraron a una fémina quien dijo llamarse MARTHA FLÓREZ OCAMPO, que autoriza el ingreso, se dirigen hasta el final de la casa, en el patio, donde encuentran unas escaleras que llevan al segundo piso de la edificación, en ese segundo piso encuentran a los señores ADRIANA MARÍA ZUÑIGA y MARCO FIDEL FLÓREZ OCAMPO, al cual se le encuentra en su poder 17 papeletas plásticas transparentes con una sustancia en polvo de color blanco con características similares a la cocaína y sus derivados, procediendo los policiales a realizar su captura y darle a conocer sus derechos como capturado.

“Prosiguen los agentes policiales al registro del inmueble y debajo de una silla rimax una cantidad de ropa en la cual encuentran una bolsa plástica de color verde con logotipo en el exterior de ‘El templo de la moda’ y en su interior 51 cigarrillos envueltos en papel blanco, los cuales contienen una sustancia vegetal de color verde con características similares a la marihuana; así mismo en la bolsa una sustancia vegetal suelta de color verde con características similares a la marihuana, dentro de la bolsa una máquina artesanal para fabricar cigarrillos y un paquete de papelillos color blanco para la envoltura; también una bolsa plástica de color negro que contiene una sustancia en roca y polvo de color blanco con características físicas a la cocaína; otra bolsa de color negro con 34 cartuchos calibre 38 especial y 12 cartuchos calibre 7.65 mm, le solicitan al señor MARCO FIDEL FLOREZ OCAMPO la factura de compra de esos cartuchos, manifestando no tenerla”.

En audiencia preliminar cumplida el 26 de mayo de 2012 ante el Juez Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali se legalizó la diligencia de allanamiento y registro previamente ordenada por la Fiscalía, la incautación de elementos materiales probatorios y la captura de MARCO FIDEL FLÓREZ OCAMPO. Allí mismo, el ente investigador le imputó la posible comisión de los delitos de tráfico, fabricación o

porte de estupefacientes y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, al tiempo que solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención domiciliaria, aceptando el imputado los cargos enrostrados.

Por lo anterior, correspondió al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, luego de llevar a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia, condenar el 24 de septiembre de 2012 al procesado como autor de los citados delitos, a las penas de diez (10) años y seis (6) meses de prisión, respectivamente, y multa de ciento ocho punto cinco (108.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición para el porte de armas de fuego por el mismo lapso de la sanción aflictiva de la libertad, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación promovido por el defensor, el Tribunal Superior de Cali mediante sentencia de 5 de abril de 2013, confirmó la condena, razón por la cual aquél insiste mediante la impugnación extraordinaria con la correspondiente demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

DEMANDA

Al amparo de la causal prevista en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 formula un reproche ante la falta de aplicación del artículo 314, numeral 5° del Código de Procedimiento Penal.

Señala que en la diligencia de individualización de pena y sentencia acreditó la condición de padre cabeza de familia de FLÓREZ OCAMPO con los siguientes documentos: i) dos registros civiles de nacimiento de su hija de 9 años y otra “hija de crianza” de 17 años, quienes estaban bajo su cuidado; ii) la fotocopia de la cédula de ciudadanía de la progenitora de él y su historia clínica por tratarse de una mujer de

82 años que padece erisipela, hipertensión esencial (primaria) y “síndromes vertiginosos en enfermedades clasificadas en otra parte”, así como el registro civil para acreditar el parentesco; iii) declaración extrajudio de la anterior afirmando que está sin trabajo, no es pensionada y depende únicamente de su hijo, pues no tiene otros familiares; iv) cartas que acreditan que FLÓREZ OCAMPO laboró como vigilante y ayudante de un taller de pintura, denotando buen comportamiento; y v) memorial del procesado quien no asistió a la audiencia en el cual pidió la prisión domiciliaria porque su compañera ADRIANA MARÍA ZUÑIGA VEGA a raíz del problema judicial se había ido del hogar a buscar trabajo para ayudar a sus hijas en un futuro, sin que conociera su paradero actual.

Explica que con base en esta documentación solicitó el otorgamiento de la prisión domiciliaria para su asistido con base en el numeral 5° del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, que le era más favorable por no tener tantas exigencias, sin embargo, el juzgado la negó al decir que a la luz de la Ley 750 de 2012 —sic—, no se cumplían los requisitos, que si bien estaba acreditado el parentesco con la madre e hijas del inculcado, así como la afectación de la salud de aquélla, no se satisfacía el factor subjetivo ante la gravedad de la conducta.

Y que pese a que el Tribunal se dio cuenta del error del juzgador, ya que el defensor había invocado era el precepto de la Ley 906 de 2004, no emitió pronunciamiento al respecto al argumentar que se trataba de un punto no analizado en primera instancia y que no podía infringir el principio de segunda instancia ni la estructura del proceso, que además, tal petición podía ser elevada ante el juez de ejecución de penas.

Consecuentemente, solicita a la Sala casar el fallo a fin de otorgar a su representado la prisión domiciliaria con base en el artículo 314 numeral 5° del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con anterioridad la Corporación ha precisado que para acceder a la sede extraordinaria es deber ineludible del demandante justificar la impugnación acorde con las finalidades legales establecidas en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004: Si se trata del interés personal en aras de la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por estos, o por el interés general de la unificación de la jurisprudencia.

Al estar la pretensión del demandante demarcada por el carácter teleológico de la casación, concurren como presupuestos procesales de la impugnación no sólo los aspectos objetivos acerca de que se trate de sentencias de segundo grado y que se haga dentro del término establecido, sino que los elementos subjetivos relativos al interés y legitimidad para acceder al recurso adquieren un plus ya que precisará la acreditación de la afectación de derechos o garantías fundamentales, además de señalar la causal por la que opta con el desarrollo adecuado de los cargos que le dan sustento, así como demostrar la necesidad del fallo de casación, so pena que por su incumplimiento el libelo no sea admitido, tal y como lo dispone el artículo 184 de la ley en comento.

Por ello, la Corte al estudiar la admisibilidad de la demanda debe verificar la necesidad de su intervención, caso en el cual incluso se deberán superar las falencias técnicas formales con su consecuente admisión. Así mismo, aún en los eventos en que esté formalmente correcta dentro de la causal aducida, tiene la facultad para no admitirla cuando de su contenido se evidencia que no se precisa de fallo.

Las anteriores precisiones conceptuales le permiten a la Sala advertir que en este caso la crítica que formula el defensor no logra motivar su atención para aprehender el estudio de la legalidad de la sentencia de segundo grado toda vez que razonablemente

se infiere que no se requiere de decisión de fondo para cumplir alguna de las finalidades de la impugnación extraordinaria.

En efecto, el demandante muestra su desacuerdo con la negativa del juzgador de concederle a su defendido el instituto de la prisión domiciliaria con base en la Ley 750 de 2012, porque en su criterio el precepto invocado y que le resultaba más favorable era el numeral 5° del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, deviene palmario que no se cumple con la finalidad de hacer efectivo el derecho material.

Ello porque de tiempo atrás la Corporación ha señalado que en esta sede extraordinaria no es dable alegar la inconstitucionalidad o ilegalidad del fallo por el simple hecho de haberse negado la pena sustitutiva de la prisión efectiva, bien sea porque el juzgador de instancia no haya hecho referencia al tema de la sanción alternativa, ora porque razonadamente la niegue con argumentos que no comparta el recurrente.

Así, en decisión de 27 de junio de 2007 (Radicación 26931) la Corporación señaló que:

“Si bien es cierto que los juzgadores de instancia no hicieron referencia alguna a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, lo cierto es que ello no es tema que deba resolver la Sala de Casación Penal de la Corte, en la medida que el mero hecho de no abordar el tema de sustitución de la pena de prisión no hace ilegal la sentencia.

“En este orden, el defensor deberá presentar la solicitud al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, argumentando en todo caso las razones por las cuales estima que el sentenciado cumple los presupuestos normativos para hacerse acreedor a algún mecanismo sustitutivo de la pena privativa de libertad en el establecimiento penitenciario.

“El punto viene siendo tratado por la Corte -desde antes- en los siguientes términos:

‘Al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que adquiere competencia con la ejecutoria del fallo, le está permitido pronunciarse sobre la prisión domiciliaria en los siguientes casos:

‘(a) Cuando un cambio legislativo varíe favorablemente las circunstancias que fueron consideradas por el fallador para negarla.

‘(b) Cuando el asunto no haya sido objeto de decisión en las sentencias’.

‘Este ha sido el criterio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como se desprende, por ejemplo, del auto del 2 de marzo del 2005, dentro del radicado número 23.347.

‘(c) En los eventos previstos en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal. La norma dispone que puede ordenar la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva” 1.

“Por manera que no es la Corte –en sede de casación- la instancia para alegar la sustitución de la prisión efectiva por prisión domiciliaria, pues la exclusión de aquél tema en la decisión no es razón suficiente para demostrar la ilegalidad de la sentencia de segunda instancia objeto del recurso extraordinario de casación.

“Así pues, el Juez de ejecución de penas podrá conceder o negar la sustitución de la medida, y contra la determinación del juez proceden los recursos ordinarios (cfr. Artículos 38 num. 1 y 6, del C.P.; 459, 461 y 34 num. 6 de la Ley 906).

“De manera que, para hacer efectivo el derecho material reclamado por el libelista, lo procedente es que formule la solicitud ante el juez de ejecución de penas que es el

encargado de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia; por suerte que no se precisa de fallo de casación para los efectos pretendidos por el recurrente”.

En este caso, es evidente que si el Tribunal no se pronunció acerca del pedimento de sustitución de la ejecución de la pena, mal podría configurarse el yerro de juicio que amerite ser corregido en sede de casación, de ahí que en el fallo se argumentó que:

“En el presente asunto, el apoderado de la defensa, a pesar de que impugnó la sentencia solicitando que se le concediera la prisión domiciliaria como cabeza de familia, es reiterativo al indicar que cuando la solicita es a la luz de los artículos 314 numeral 5° y 461 de la Ley 906 de 2004.

“Mírese que en la sentencia confutada la A quo únicamente se refirió a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia que consagra la ley 750 de 2002, advitiéndose que pasó por alto la solicitud que elevó el recurrente en el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

“La Corte Suprema de Justicia ha señalado que lo no analizado en la primera instancia, no puede ser objeto de cuestionamiento ante el superior, tal como acontece en el asunto puesto a consideración de esta Corporación, donde la defensa lo que hizo fue volver a presentar su solicitud de prisión domiciliaria del encartado, no obstante, un pronunciamiento de fondo sobre este aspecto violaría el principio de la doble instancia y la estructura del proceso, sin perjuicio de que pueda solicitarlo ante el Juez de Ejecución de Penas”.

Como se concluye que el libelo no será admitido, es necesario señalar que no se observa con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación violación de derechos o garantías de las partes que ameritaran la intervención oficiosa de la Corte.

Precisión final

Contra la decisión de no admisión de la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado MARCO FIDEL FLÓREZ OCAMPO, por las razones expuestas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en los términos precisados por la Sala en la presente decisión.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
GONZÁLEZ MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
OTERO

LUIS GUILLERMO SALAZAR

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Providencia de 16 de marzo de 2006. Radicación 24530.