

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

AP1015-2017

Radicación N° 49744.

Aprobado acta No. 50.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de JHON ÉDISON ROSERO HENAO, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 22 de noviembre de 2016, confirmatoria de la emitida el 7 de julio de ese mismo año por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales, en la cual se condenó al acusado, de conformidad con preacuerdo suscrito con la Fiscalía, a la pena principal de 48 meses de prisión, como autor del delito de concierto para delinquir. Allí mismo se decretó la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena privativa de la libertad, y se negaron al procesado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, básicamente, por haber sido condenado en razón de otro delito dentro de los 5 años anteriores.

Debe precisarse que el preacuerdo fue suscrito por 13 personas, incluido el aquí reseñado,

y todos fueron condenados, solo que algunos –los cabecillas- a 72 meses de prisión y otros a 48 meses; así mismo, varios de ellos accedieron al subrogado de la suspensión condicional de la pena o la prisión domiciliaria, con excepción de JHON EDISON ROSERO HENAO.

HECHOS

En el fallo de segunda instancia se narró lo ocurrido, de la siguiente forma:

“Según se extrae de los registros procesales con base en la información suministrada por fuente humana fechada a 7 de mayo de 2015, la Fiscalía General de la Nación adelantó las respectivas labores de investigación que permitieron establecer que JOHN EDISON ROSERO HENAO y LUIS ALBERTO ROSERO ZUÑIGA desde principios del año 2010 y previo convenio con otros individuos integrantes de la denominada banda criminal “Los Coyotes”, facilitaban el ingreso masivo e inusitado al país de ciudadanos extranjeros a través del Puente Internacional de Rumichaca sin el cumplimiento de las exigencias propias de la normatividad migratoria.

De igual manera se pudo determinar que el accionar de los 13 integrantes del referido grupo respondía a una división funcional en la que LUIS ALBERTO ROSERO ZUÑIGA como uno de los tres cabecillas de la organización desempeñaba funciones de mando al realizar los respectivos contactos con individuos del vecino país del Ecuador, en tanto que las labores de traslado de nacionales extranjeros hasta las ciudades de Cali, Medellín y Bogotá eran principalmente ejecutadas también por JOHN EDISON ROSERO HENAO y los demás miembros de la banda criminal”.

DECURSO PROCESAL

Una vez obtenida orden de captura contra todos los integrantes de la banda, los días 22 y 23 de septiembre se llevaron a cabo, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de

Ipiales, las audiencias de legalización de captura, legalización de allanamientos, formulación de imputación –en la que se atribuyeron a los aprehendidos los delitos de tráfico de migrantes y concierto para delinquir, a los cuales no se allanaron- e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Por solicitud de la defensa, con fecha del 27 de noviembre de 2015, el Juzgado Primero Penal Municipal de Ipiales, sustituyó la medida de aseguramiento, en lo que toca con JHON EDISON ROSERO HENAO y LUIS ALBERTO ROSERO ZUÑIGA, por detención domiciliaria.

Con fecha del 27 de octubre de 2015, la Fiscalía radicó escrito de preacuerdo con todos los procesados, repartido al Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales, oficina judicial que le impartió aprobación en audiencia del 16 de diciembre de 2015.

Consecuente con ello, el 7 de julio de 2016 fue expedida la sentencia condenatoria de primer grado, en la cual se negaron a JHON EDISON ROSERO HENAO, los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Descontento con esa negativa, el defensor de ROSERO HENAO interpuso en su favor el recurso de apelación.

Dada la confirmación de lo resuelto por el A quo, el defensor presentó y sustentó recurso extraordinario de casación, que ahora se examina en su debida fundamentación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Primer cargo

Con amparo en la causal primera consagrada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor del procesado acusa la sentencia de segundo grado de haber violado directamente la ley sustancial por “INTERPRETACIÓN ERRÓNEA, APLICACIÓN INDEBIDA”.

A fin de precisar el tópico, afirma el demandante que su intervención busca que se aplique en favor del acusado JHON EDISON ROSERO, el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Luego sostiene que la intervención del acusado en los hechos fue mínima, “buscando alojamiento para personas migrantes indocumentadas”, sin ser verdadero integrante de la banda.

Sin más, acota seguidamente que las instancias aplicaron indebidamente lo consignado en el artículo 68 A del C.P. “en virtud del antecedente judicial del año 2014”, dado que la norma exige examinar los antecedentes personales, sociales y familiares; al tanto que la Fiscalía no se opuso a lo solicitado, ni estableció la peligrosidad del procesado.

Cargo segundo

Ahora dentro de los postulados de la causal tercera establecida en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurrente advierte que “la sentencia proferida por el A quo que adolece de un falso juicio de raciocinio”, en tanto, le bastó la existencia del antecedente penal, sin tomar en cuenta los antecedentes sociales, familiares y laborales del acusado.

Añade el demandante que el A quo no solo debió examinar los antecedentes penales del acusado, sino “todos los antecedentes que la defensa allegó cuando se logró la

sustitución de la medida de aseguramiento por domiciliaria”, los cuales advierten del arraigo familiar y laboral “que aunado con otros elementos probatorios daban cuenta que el tratamiento penitenciario no era necesario”.

En lo que rotula como fundamentos de derecho, el demandante, a renglón seguido, cita decisiones de la Corte Constitucional que advierten de la imposibilidad, para el juez de conocimiento, de decretar pruebas de oficio y la adversarialidad del sistema acusatorio.

Después se explaya en explicar la diferencia entre principios y reglas, hasta derivar en un examen particular de la naturaleza de los preacuerdos y de la intervención del Fiscal en el sistema acusatorio, pero respecto de estos temas nada traslada al caso particular.

Pide, por último, que se case parcialmente el fallo atacado, a efectos de conceder a su prohijado judicial el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El recurso de casación implica la presentación de una demanda debidamente argumentada que consulte a satisfacción la existencia de una causal no solo notoria en su materialización, sino trascendente en sus efectos, en tanto, corresponde a un recurso extraordinario que busca derrumbar la doble connotación de acierto y legalidad de que llega revestida a esta instancia la sentencia de segundo grado.

Por ello, no importa el tema en discusión, la presentación del cargo implica obligatorio demostrar el vicio propio de casación, en fundamentación que con mucho se aparta del alegato de instancia.

A este respecto, es importante precisar al demandante que la negativa de las instancias a aceptar sus pretensiones no lo habilita, per se, a acudir a este medio

extraordinario, como quiera que por lo general la discusión debe culminar con la decisión del Ad quem, y solo por vía excepcional, en la presencia, se repite, de errores ostensibles y trascendentes, se faculta el medio casacional.

Dado que las causales de casación tienen como norte, precisamente, la existencia del yerro, no importa cuán alambicada opere la argumentación, si este vicio no se presenta, indefectible opera la inadmisión de la demanda.

Sirvan las precisiones anteriores como derrotero del examen individual a adelantar por la Sala respecto de los dos cargos presentados por el defensor de JHON EDISON ROSERO HENAO.

Cargo primero

Cuando se acude a la causal por violación directa de la ley se torna imperativo para el demandante respetar los hechos estimados probados por el fallador, pues, la discusión opera en el plano estrictamente jurídico, a fin de demostrar que en torno de esos hechos no se aplicó la norma que los debe regular, o que se aplicó indebidamente la misma, o que la norma adecuada fue tergiversada en su contenido.

Para el caso, el impugnante realiza algunas manifestaciones impertinentes acerca de la participación de su prohijado legal en el delito objeto de condena, al punto de controvertir incluso su pertenencia a la banda dedicada al tráfico de migrantes.

Ello, desde luego, representa desbordamiento de la facultad impugnaticia que le es permitida, en tanto, se trata de una terminación anticipada del proceso por la vía del acuerdo suscrito con la Fiscalía, en el que aceptó precisamente esa pertenencia y la actividad desarrollada en pro del propósito común de la agrupación criminal.

Ahora, respecto de aplicación que hicieron las instancias del artículo 68A del C.P., en

cuanto prohíbe la concesión del subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena a quienes hayan sido condenados por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, es necesario destacar cómo ambas instancias realizaron un amplio estudio del tema –el Tribunal, a consecuencia de la apelación de la defensa del procesado, que buscaba obtener este beneficio-, en el cual detallaron el contenido, no del artículo 68A en cita, que fue utilizado para negar la prisión domiciliaria, sino del artículo 63 del C.P., modificado por el artículo 14 de la Ley 1709 de 2014, en cuyo derrotero estimó el A quo que dada la existencia de una condena vigente dentro de los 5 años anteriores, el numeral tercero obliga examinar los antecedentes personales, sociales y familiares, a efectos de determinar si se requiere o no la ejecución de la pena.

En ese cometido, el juez de primera instancia estimó que haber ejecutado dentro de los 5 años anteriores un delito, cohecho, por el cual se le condenó y a la par gozó del beneficio que ahora solicita, indica la necesidad de tratamiento penitenciario.

Esas manifestaciones precisas del juez no fueron controvertidas por el recurrente, quien se limitó a sostener la necesidad de asimilar el otro tipo de antecedentes –sociales, familiares y personales-, para después sostener que la Fiscalía no se opuso a la concesión del beneficio.

Es claro que el recurrente nunca especifica por qué se equivocaron o tergiversaron las instancias el contenido del artículo 63 del C.P. –mucho menos, si el examen del impugnante se dirige al artículo 68A-, cuando es lo cierto que el examen efectuado en los fallos abarcó la condición que ahora echa de menos, solo que con conclusiones diferentes, pues, se entendió que en la necesaria conjugación de opciones –sentencia dentro de los 5 años anteriores por delito doloso y antecedentes de todo orden del acusado-, juega papel primordial, para definir si se aplica o no tratamiento penitenciario, el hecho que desatendió las obligaciones asumidas con la obtención de similar beneficio por el delito anterior.

De esta manera, es claro que el debate planteado de manera precaria por el demandante, abandonó su escenario natural, el estrictamente jurídico, para radicarse en el plano material, en cuanto, considera que los factores familiares, sociales y personales, priman sobre aquel privilegiado por los sentenciadores.

En estas condiciones, como nada más propuso en el cargo el casacionista, la escasa fundamentación, con ausencia de demostración del vicio propuesto, obliga la inadmisión del mismo.

Cargo segundo

El error de hecho por falso raciocinio implica demostrar que en la valoración efectuada por el Tribunal se desatendieron las reglas de la experiencia, los principios de la lógica o algún postulado científico.

Para el efecto, se hace indispensable precisar cuál postulado científico, regla de la experiencia o principio lógico, en concreto, fue el inadecuadamente utilizado, cuál es el correcto, cómo influyó ello en el razonamiento, y finalmente, para determinar la trascendencia del vicio, de qué manera incidió en el conjunto probatorio, en cuyo caso se torna necesario realizar un nuevo examen de la totalidad suatoria, despojada del vicio, a fin de determinar inconcuso que sin este ya no se soporta la decisión.

Nada de esto adelantó el recurrente en su propuesta casacional, pues, por fuera del mero rótulo de la causal, nunca examinó las razones de las instancias para controvertir su valoración.

Se entiende, sin embargo, que lo presentado como crítica obedece mejor a un presunto falso juicio de existencia por omisión radicado, sostiene el demandante, en que no se tuvieron en cuenta elementos presentados en las audiencias preliminares por la defensa, que refieren las condiciones familiares, personales y sociales del procesado.

Dejando de lado el aspecto procedimental, que exigiría demostrar la obligación para el fallador de recurrir a medios probatorios presentados en diligencias preliminares, es lo cierto que la omisión emerge completamente intrascendente, pues, claramente advirtió el A quo en su decisión denegatoria del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que esos factores personales, sociales y familiares resultan insuficientes para otorgar al acusado ROSERO HENAO, el beneficio, dado que al haber pasado por alto las obligaciones propias de este, reclamadas en la sentencia emitida dentro de los cinco años anteriores por un delito de cohecho, impide pronosticar que ahora sí lo hará, motivo objetivo que impone el tratamiento penitenciario.

De conformidad con lo anotado, es claro, no solo que de manera tácita pero suficiente el juzgador acudió a los medios que ahora echa de menos el impugnante, sino que examinó las circunstancias que estos contienen, aunque con resultados diferentes a los queridos ahora por la defensa.

Entonces, por fuera de que no es cierto lo que advierte el recurrente, este tampoco abordó el examen de los motivos que gobernaron la decisión de negar el subrogado a efectos de demostrar, en punto de trascendencia, que de haberse considerado las circunstancias familiares, sociales y laborales del procesado, habría cambiado la decisión.

Esto por cuanto, debe aclararse, el soporte de lo propuesto por el demandante estriba en sostener que solo por poseer buenos antecedentes sociales, familiares o personales, es dable conceder el subrogado en cuestión, con lo cual pasa por alto que la decisión del juez obliga sopesarlos de cara a los elementos impeditivos, esto es, la condena dentro de los cinco años anteriores, para definir cuál de todos tiene más peso y así conceder o negar el beneficio, que fue, precisamente, la labor adelantada por el a quo con respaldo del Ad quem.

Incluso, el recurrente sostiene que dichos factores “aunado con otros elementos probatorios daban cuenta que el tratamiento penitenciario no era necesario”, pero nunca estableció cuáles son esos otros elementos o como el conjunto permite superar la limitación del antecedente.

Ahora, en algunos de los apartados del proemio a los cargos y con ocasión de varias citas jurisprudenciales, parece entronizar el demandante su crítica a que los falladores hubiesen tomado en consideración para soportar la decisión de negar el subrogado excarcelatorio al procesado, el registro de antecedentes penales obrante en la carpeta que se entregó por virtud del acuerdo logrado con los imputados.

A este efecto, apenas cabe destacar que ello fue objeto del recurso de apelación propuesto contra el fallo de primer grado, lo que obligó del Tribunal a examinar a despacio el tema, recurriendo a lo que las normas procesales disponen e incluso con citación pertinente de jurisprudencia de la Corte.

Dichas argumentaciones no fueron consideradas ni mucho menos refutadas por el aquí impugnante, con lo cual la crítica no pasa de una posición personal huérfana de soporte incluso como alegato de instancia.

Finalmente, dado que la Corte no observa en el trámite del asunto o el contenido de las decisiones allí tomadas, afectación trascendente de garantías que obligue de su intervención oficiosa, se inadmitirá en toda su extensión la demanda de casación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de JHON ÉDISON ROSERO HENAO, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con el punto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria