

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP1334-2018

Radicación n.º 52.039

Acta 103

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Corte si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de Rafael Stiven Sutachán Suárez contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, del 5 de junio de 2017, que confirmó la proferida el 9 de marzo del mismo año, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, mediante la cual lo condenó por el delito de concierto para delinquir agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por las instancias de la siguiente forma:

Del análisis de los elementos materiales probatorios el ente fiscal logró establecer que el ciudadano RAFAEL STIVEN SUTACHAN SUAREZ, era el encargado de realizar las actividades de sicariato de la estructura criminal denominada Clan del Golfo, por lo que ante juez competente [s]e solicitó orden de captura N° 091 expedida el 4 de noviembre de 2016 por el juzgado promiscuo de Vista Hermosa Meta, por la comisión del delito de concierto para

delinquir agravado con fines homicidas contemplado en el artículo 340 inciso 2° del [C]ódigo [P]enal, pues la característica de esta organización es que sus coasociados puedan desarrollar conductas tipificadas en la legislación colombiana como lo son el concierto para delinquir, tráfico de estupefacientes, extorsión, secuestro extorsivo, homicidio y tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas armadas entre otros.

Con fundamento en la orden de captura se llevó a cabo la operación policial conocida como <OPERACIÓN MARANDUA>, con la cual se pretendía dismantelar toda la organización criminal, dicha operación se realizó el pasado 20 de noviembre capturándose a 11 personas, faltando una persona, es decir el señor RAFAEL STIVEN SUTACHAN SUÁREZ por lo que la orden de captura quedó vigente y se materializó en desarrollo del plan verificación de antecedentes de la Policía Nacional el 11 de enero de 2017 en la Avenida 1° de Mayo con carrera 18 C de la ciudad de Bogotá.

Se resalta como hecho relevante la información obtenida de la intercep[ta]ción del abonado 3002988358, portado por JUAN CARLOS GONZÁLEZ PARRA, alias J o JORNAZA, para el día 7 de octubre de 2016, en la cual se contactó con EDWIN GUARÍN al abonado 3046292654, en la que le dio a conocer la captura de uno de los integrantes de la estructura, por lo que se dispuso orden de policía judicial con la finalidad de realizar inspección al CAI Navarra de la ciudad de Bogotá, para establecer si para el 6 de octubre de 2016, se había realizado alguna captura en el sector, logrando obtener la información que se capturó al señor RAFAEL STIVEN SUTACHAN SUÁREZ identificado con cédula de ciudadanía N° 1072428193 de La Mesa Cundinamarca, de 23 años, nacido el 3 de septiembre de 1993, residente en la calle 164 N° 17 C - 03 de Bogotá, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones quien fue dejado a disposición de la fiscalía 324 seccional bajo el radicado 110016000023201612732, se obtuvo copia integral de las diligencias de actos urgentes y demás diligencias que se originaron de la captura en flagrancia, encontrando que se halló en poder del acusado un arma de fuego tipo revolver, calibre 38, marca SMITH WESSON, serial 3D21580, por parte de la patrulla de vigilancia del CAI de la Policía de Navarra de

Bogotá, conformada por quien conoció el caso S.I. Rodríguez Alejandro y P.T. Bernal José Manuel, la cual se realizó el 6 de octubre de 2016 siendo las 19:30 horas, en la carrera 17 con calle 102 del Barrio Navarra.

Una vez verificada la diligencia anterior se estableció que las circunstancias en las cuales se capturó el acusado son propias de las actividades criminales relacionadas con la modalidad de sicariato, basado en que se observó por parte de la patrulla de vigilancia a dos personas en motocicleta, donde huyera del lugar el conductor de la misma quedando en el sitio el ayudante (parrillero) de la motocicleta, persona que portaba el arma de fuego y encargada de realizar la actividad criminal (sicariato).¹

2. El 12 de enero de 2017, el Juez Treinta y Cuatro Penal Municipal, con funciones de control de garantías, de Bogotá, por solicitud de la Fiscalía Cincuenta Especializada, legalizó la captura y la formulación de imputación, a título de coautor, del delito de concierto para delinquir agravado con fines de homicidio (artículo 340, inciso 2º, de la Ley 599 de 2000), en contra de Rafael Stiven Sutachán Suárez, quien aceptó el cargo atribuido.

Igualmente, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de domicilio.²

3. Presentado el escrito de acusación correspondiente³, el 9 de marzo del mismo año, ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado, con funciones de conocimiento, de la capital, se llevó a cabo la verificación del allanamiento a cargos y la audiencia de que trata el precepto 447 de la Ley 906 de 2004.

4. En la fecha indicada, el juez de conocimiento condenó a Rafael Stiven Sutachán Suárez por el injusto endilgado, a las penas principales de cincuenta (50) meses de prisión y mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la sanción aflictiva de la libertad.

Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁵.

5. Recurrido el fallo por el defensor⁶, fue modificado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 5 de junio de 2017, en el sentido de condenarlo a las penas de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y multa de mil trescientos cincuenta (1350) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁷.

6. La defensa técnica interpuso el recurso extraordinario de casación⁸ y presentó la demanda respectiva dentro de la oportunidad legal⁹.

LA DEMANDA

Tras identificar a las partes, el letrado reproduce la cuestión fáctica como fue concebida por el Tribunal y destaca que su representado aceptó el cargo imputado por la Fiscalía.

Enseguida, al amparo de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, postula un cargo mediante el cual, luego de transcribir un salmo de la Biblia¹⁰, asegura que se vulneró el principio de favorabilidad porque se aplicó la ley más perjudicial al procesado -no precisa- y denuncia la aplicación errónea de los artículos 4 de la [Constitución Política](#), 27 del Código de Procedimiento Penal, 4 y 13 del Código Penal.

En aras de demostrar la censura, luego de señalar que los problemas jurídicos se contraen a «1. Dosimetría aplicable en el caso de aceptación de cargos. 2. La posibilidad del reconocimiento de beneficios o subrogados penales para el tipo de delito aceptado, para el caso concreto concierto para delinquir agravado, teniendo en cuenta la proporcionalidad y/o ponderación aplicables»¹¹, cita el precepto 4º del Estatuto Sustantivo Penal, acerca de las funciones de la pena, y asegura que los argumentos planteados en la apelación «no fueron analizados con morigerada atención»¹² por el ad quem.

A continuación, se pregunta por qué personas como Emilio Tapia, que defraudó las arcas del Estado, sí tienen derecho a «CASA POR CÁRCEL»¹³ y su representado no, momento en el que invoca el derecho a la igualdad, considerando que el acusado no tiene antecedentes penales, es estudiante, «cayó por circunstancias de abandono estatal en actividades como la que se condenan aquí»¹⁴ y cabe la duda acerca de su resocialización en un centro de reclusión.

Aunque admite que el «artículo 68A del CPP (sic)»¹⁵ indica que los delitos allí mencionados no tendrán beneficios, es del criterio que «el derecho penal y de procedimiento penal, está erigido para personas, no para circunstancias patrimoniales o semovientes»¹⁶. Por ende, añade, «como lo refiere el artículo 447 ibídem, deben tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y demás situaciones que llevaron a la persona a estar incurso en el delito»¹⁷.

Ahora, frente al problema jurídico inicial, el libelista recuerda que, en primera instancia, su cliente fue condenado a 50 meses de prisión, siendo que merecía una pena de 48 meses, por cuanto se lo ilusionó con una rebaja de hasta el 50% y el reconocimiento de «la casa por cárcel»¹⁸.

Según el recurrente, la fiscalía faltó a los postulados de buena fe y lealtad procesal, porque no le informó al procesado que si aceptaba cargos, «la rebaja no sería con seguridad hasta del 50%, circunstancia que medianamente aceptó [su] cliente, pero lo que no quedó claro fue que la casa por cárcel en principio no procedía por principio de legalidad»¹⁹.

Igual reproche formula frente a la defensora y agrega que, para lograr un «falso positivo jurídico»²⁰, el fiscal le pidió al juez de control de garantías la detención domiciliaria, lo cual indujo en error al imputado.

Advierte, en este punto, que su prohijado es el «último eslabón de la cadena y no es, según sus palabras “la manzana podrida de la organización”»²¹.

A manera de primera conclusión, el letrado sostiene que si el ente acusador no hubiera vulnerado los axiomas atrás mencionados, posiblemente el inculpado no habría aceptado los cargos.

En cuanto se refiere al segundo aspecto en debate, una vez vuelve a resaltar que a Emilio Tapia Aldana le fueron concedidos los subrogados o beneficios de ley, apelando al principio de ponderación, aduce que el postulado de legalidad debe ceder ante los de igualdad y favorabilidad.

Explica al respecto que, en el caso de la especie, se debe aplicar

la legislación favorable, es decir, la anterior a la [L]ey 1773/16, como quiera que no puede agravarse la situación del acá sentenciado, menos aun cuando ha evitado el desgaste de la administración de justicia, no obstante el motivo engañoso que haya utilizado la fiscalía o en el que haya incurrido [su] cliente²².

Parafraseando al fiscal, el libelista resalta que cuando aquél solicitó la detención domiciliaria para el procesado argumentó que si se lo enviaba a detención intramural no se rehabilitaría o regeneraría, sino que quizás saldría peor de lo que es actualmente, argumento que, con fundamento en el principio de legalidad, cambió en la audiencia de individualización.

En criterio del censor, su prohiado «puede continuar con sus estudios y con su vida normal y honrada, con el acompañamiento de su núcleo familiar»²³, máxime cuando el requisito objetivo del artículo 63 del Código Penal no es absoluto, como lo demuestra que Emilio Tapia y los hermanos Nule hayan sido favorecidos con beneficios -no precisa-.

Igualmente, opina que la prohibición del canon 68A ibidem es relativa, de cara a las circunstancias personales del acusado.

Enseguida, cita un fragmento de la sentencia C-181 de 2016, relativo a la ausencia de

antecedentes penales como criterio de dosificación punitiva, para concluir que «mal podría la jurisdicción dar el mensaje a la sociedad que un muchacho de 23 años, que comete un error, que hasta ahora está empezando a vivir, se le aplique rigurosamente y prácticamente ÚNICAMENTE el principio de legalidad»²⁴, mientras que a otros individuos –como los atrás mencionados- o a miembros de las FARC sí se les conceden beneficios jurídicos.

Luego de quejarse del excesivo formalismo y elitismo del recurso de casación y citar otro pasaje de la Biblia²⁵, reproduce un apartado de la sentencia SP14842-2015, rad. 43436, que, según el defensor, se refiere a la posibilidad de que el principio de legalidad ceda ante el de favorabilidad, pero que verdaderamente alude a los límites impuestos al juez en el control de la acusación.

Solicita casar parcialmente el fallo impugnado y reconocer la prisión domiciliaria; subsidiariamente, declarar la nulidad de lo actuado, como quiera que, durante la aceptación de cargos, la defensa «no fue técnica y no se le explicó con claridad a [su] cliente que debía pagar detención en establecimiento carcelario»²⁶.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del Estatuto Adjetivo actual, el recurso extraordinario de casación tiene como finalidad «la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia».

Con tal propósito, el inciso 2º del canon 184 ejusdem fijó las reglas mínimas de admisión de la correspondiente demanda, estableciendo que no se seleccionará aquella en la que i) el impugnante carezca de interés para acceder al recurso, ii) no se invoque la causal conforme a la cual se edifica el reproche de las contempladas en el precepto 181 ibidem, iii) se omita desarrollar los cargos correspondientes o, iv) fundadamente se logre establecer que no se requiere de la sentencia para cumplir los propósitos previstos en la aludida disposición 180.

Lo anterior, salvo que el cumplimiento de alguno de esos fines permita superar los defectos técnicos que exhiba el libelo y decidir de fondo.

También tiene decantado la jurisprudencia que, la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que ha de soportarse en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, fundamentación debida, prioridad, no contradicción, corrección material, crítica vinculante y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y concretar el disenso en términos de trascendencia.

2. La demanda examinada no identifica razonadamente cuál es la finalidad específica de la impugnación, de aquellas descritas en el referido artículo 180 y tampoco satisface los requisitos mínimos que exige el referido canon 184 para su admisión; por lo tanto, no puede ser seleccionada. Las razones son las siguientes:

2.1. De entrada, es notorio el desconocimiento del principio de autonomía, en la medida que postula un solo cargo pero en él cuestiona tanto un presunto vicio de garantía, con su consecuente pretensión subsidiaria invalidatoria de la actuación, el cual debió ser formulado al amparo de la causal segunda, como un yerro in iudicando derivado de la supuesta violación directa de la ley sustancial, del resorte de la causal primera.

Tal desafuero, al paso que irrumpe contra el postulado de precisión, no atiende las previsiones del de prioridad, según el cual las censuras se deben plantear atendiendo su gravedad e incidencia en la actuación procesal.

Ahora, en cuanto se refiere a la primera de las inquietudes manifestadas por el letrado, esto es, la relacionada con la violación del derecho de defensa, porque, durante la audiencia de formulación de imputación, se lo habría ilusionado con el reconocimiento de una rebaja de hasta el 50% y la prisión domiciliaria, no habiendo sido informado por su defensora ni por el

representante de la Fiscalía de que, por disposición legal ésta última estaba prohibida, es claro que, tal aseveración se erige en una velada retractación al allanamiento a cargos, prohibida por el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, en tanto, como lo señaló el ad quem, no se encuentra probado algún vicio del consentimiento del procesado.

En realidad, de una parte, es clara la lesión del principio de corrección material, por cuanto no es verdad que al imputado, asistido por su defensora de confianza, no se le comunicó por el órgano de persecución penal, que de aceptar los cargos sería favorecido con un descuento punitivo de hasta el 50%²⁷.

Así mismo, este particular reproche deviene infundado porque, la segunda instancia, justamente, le concedió a Rodríguez Gómez una rebaja equivalente a la mitad de la pena, de tal manera que, partiendo del mínimo punitivo de 96 meses de prisión y 2700 de multa, le impuso 48 meses y 1350 s.m.l.m.v., con lo cual se evidencia la falta de interés del recurrente frente a este particular reclamo.

De otro lado, si bien no hay constancia de que el inculpado fuera enterado, en el curso de la referida diligencia, sobre la imposibilidad de acceder a la prisión domiciliaria, lo cierto es que el censor no explica la relevancia de haber contado con esa información, de cara a la decisión de aceptación o no de cargos, pues, repárese que, bien por la vía anticipada de terminación del proceso del allanamiento a cargos o por la del juicio oral, de resultar condenado, de ninguna manera habría tenido derecho al referido sustituto punitivo, conforme lo establece el artículo 68A del Código Penal, respecto del delito de concierto para delinquir agravado.

Igualmente, aunque el defensor asevera que se vulneró el principio de favorabilidad, por cuanto no se aplicó la ley anterior a la número 1773 de 2016 -se deduce que se refiere a la 1709 de 2004-, se observa que esa crítica no consulta los razonamientos que frente a idéntico aspecto expresó el Tribunal:

Finalmente, es necesario señalarle al apelante que el principio de favorabilidad no puede aplicarse como lo solicita, puesto que la Ley 1773 de 2006 es una norma que estaba vigente al momento de realizarse la conducta punible, por lo que resulta inconsulto con una correcta hermenéutica tal pretensión; a ello se aúna que tampoco hay tránsito legislativo alguno que permita aplicar tal principio.

Además, tanto esa norma, como la Ley 1709, contemplaban dentro del listado de prohibiciones el delito por el que se allanó a cargos el procesado.²⁸

Y es que, si el delito de concierto para delinquir agravado se consumó en vigencia del artículo 4º de la Ley 1773 de 2016, que modificó el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal²⁹, norma que expresamente excluye la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión para las personas condenadas por el mencionado reato, entre otros, y el escenario descrito no enseña ningún tránsito legislativo, mal puede invocarse la aplicación del principio de favorabilidad respecto de una disposición anterior que no rigió los hechos y que, como lo hace ver la colegiatura, igualmente contempla idéntica prohibición legal.

Por la misma razón y porque los precedentes que el censor predica como aplicables al caso de la especie –sentencias C-181 de 2016 de la Corte Constitucional y SP14842-2015 de la Sala de Casación Penal- ninguna relación tienen con el asunto debatido –en la medida que, la primera alude a la ausencia de antecedentes penales como criterio para graduar las penas, en tanto circunstancia de menor punibilidad y la segunda a los límites en el control judicial de la acusación-, la propuesta del recurrente en el sentido que se haga prevalecer el postulado de favorabilidad frente al de legalidad deviene evidentemente equivocada.

Igualmente errado resulta el criterio del impugnante, según el cual, a efecto de verificar la procedencia o no de la prisión domiciliaria corresponde analizar «como lo refiere el artículo 447 [de la Ley 906 de 2004] las circunstancias personales, familiares y demás situaciones que llevaron a la persona a estar incurso en el delito»³⁰ o el desgaste que el inculpado le

evitó a la administración de justicia, pues no son esos los presupuestos normativos a tener en cuenta, sino los descritos en el canon 38B del Código Penal, es decir, que i) la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, ii) no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 y iii) se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En este caso, es palmario que no se cumple el segundo de dichos requisitos.

Así también, el defensor no puede apelar válidamente a los principios de proporcionalidad y ponderación, para pretender que se inaplique la ley penal bajo el sofístico predicado que su cliente es un joven sin antecedentes penales y que podría estudiar y estar al cuidado de su familia.

Tampoco explica el letrado, por qué su representado estaría en las mismas circunstancias fácticas y/o jurídicas que otras personas procesadas y/o condenadas por defraudar los caudales públicos o ser excombatientes de las FARC, como para que pudiera solicitar la aplicación del principio de igualdad, en punto de la concesión de los subrogados de ley.

De otra parte, adolece de razón suficiente el argumento del jurista, conforme al cual, la solicitud del fiscal encaminada a que se le concediera la detención domiciliaria a su prohijado lo indujo en error a la hora de aceptar los cargos, pues, la audiencia en que se debatió este asunto tuvo lugar después de la formulación de imputación, luego, resulta apenas lógico que el imputado no pudo haber sido persuadido para que se allanara a partir del referido fundamento.

Lo infundado de la demanda determina, por lo tanto, su inadmisión, en los términos del artículo 195, inciso quinto, de la Ley 906 de 2004.

Es indispensable recordar que al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decide no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas

reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde el auto del 12 de diciembre de 2005, radicación 24.322 y precisadas en auto CSJ AP, 25 jun. 2014, rad. 42.597.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Rafael Stiven Sutachán Suárez contra la sentencia del 5 de junio de 2017 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cfr. folio 11 del cuaderno del Tribunal.
- 2 Cfr. folios 23-24 de la carpeta.
- 3 Lo cual sucedió el 9 de febrero de 2017. Cfr. folios 1-4 ibidem.
- 4 Cfr. Cd contentivo de la audiencia de individualización de pena y sentencia.
- 5 Cfr. folios 31-40 de la carpeta.
- 6 Cfr. folios 44-47 ibidem.
- 7 Cfr. folios 10-22 del cuaderno del Tribunal.
- 8 Cfr. folio 24 ibidem.
- 9 Cfr. folios 37-42 ibidem.
- 10 Salmos 37:28.
- 11 Cfr. folio 38 del cuaderno del Tribunal.
- 12 Ibidem.
- 13 Cfr. folio 38 ibidem.

14 Ibidem.

15 Cfr. folio 39 ibidem.

16 Ibidem.

17 Ibidem.

18 Ibidem.

19 Ibidem.

20 Ibidem.

21 Ibidem.

22 Cfr. folio 40 ibidem.

23 Ibidem.

24 Cfr. folio 41 ibidem.

25 Timoteo 6:11.

26 Cfr. folio 42 del cuaderno del Tribunal.

27 La verificación preliminar del audio contentivo de la referida audiencia así lo confirma.

28 Cfr. folios 20-21 ibidem.

29 Cuya anterior modificación había sido introducida por el canon 32 de la Ley 1709 de 2004.

30 Cfr. folio 39 ibidem.