

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

AP3229-2016

Radicación No. 45604

Aprobado Acta No. 160

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda sustento del recurso de casación interpuesto por el defensor de WILBERT YEZID CIFUENTES GARCÍA y JAHIR JAVIER GARCÍA ARIZA, contra la sentencia de diciembre 18 de 2014 del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó el fallo de mayo 7 del mismo año dictado por el Juzgado 23 Penal Municipal de Conocimiento de la capital, que los condenó como coautores responsables del delito de hurto calificado y agravado.

HECHOS

El 20 de octubre de 2013, a las 13:00 horas, el patrullero Jean Oliver Dupont, reportó que tres sujetos, WILBERT YEZID CIFUENTES GARCÍA, JAHIR JAVIER GARCÍA ARIZA y Marlon García Ariza que se movilizaban en los vehículos de placas BEI 993 y DDV 827, desvalijaban un automotor ubicado en la carrera 108 con calle 75C, de Bogotá.

Interceptados los rodantes por miembros de la Policía Nacional, en la carrera 108 con calle 77A, se encontró al interior del primero de ellos una llanta con su respectivo rin, que fue momentos previos hurtada, según señaló la víctima, David Mauricio Ballén Malaver.

ANTECEDENTES

1. El 21 de octubre de 2013 ante el Juzgado 57 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, a WILBERT YEZID CIFUENTES GARCÍA y JAHIR JAVIER GARCÍA ARIZA¹, la Fiscalía 302 Seccional de la Unidad e Reacción Inmediata –URI Granja, les imputó el cargo de hurto calificado y agravado, conforme con los artículos 239, 340, numeral 1 y 241, numeral 10, del Código Penal, el cual aceptaron.

2. El 29 de noviembre siguiente, se radicó escrito de acusación con allanamiento y asignado el asunto al Juzgado 23 Penal Municipal con función de Conocimiento de Bogotá, una vez evacuó audiencia de individualización de pena y sentencia, el 7 de mayo de 2014, condenó a los acusados a la pena principal de 47 meses y 7 días de prisión, como coautores responsables del delito de hurto calificado y agravado, imponiéndoles la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un período igual, al tiempo que les denegó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

3. Apelada tal determinación por la defensa, quien reclamó el mecanismo sustitutivo de la suspensión y de forma subsidiaria la prisión domiciliaria, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en proveído del 19 de diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor, al amparo de la causal 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, censuró la decisión por “falta de aplicación del principio de favorabilidad, previsto

constitucionalmente en el artículo 29 superior y desarrollado legalmente, en el título preliminar, denominado principios rectores y garantías procesales de la Ley 906/04, en el artículo 6..."2.

El artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, prevé exclusiones para la concesión de la prisión domiciliaria, no aplicables al caso presente por cuanto rigen a partir del 20 de enero de 2014, fecha posterior a la de la comisión del ilícito. En consecuencia, los sentenciados cumplen las condiciones establecidas en el artículo 38 de la Ley 599, para su concesión.

Igualmente, la Ley 1709, en su artículo 107, derogó el artículo 38A (sic) del estatuto sustancial, que entre otras restricciones preveía la existencia de antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores a la sentencia, argumento en el cual se fundaron los sentenciadores para no conceder el sustituto de la prisión domiciliaria.

El Tribunal actuó en contra de la jurisprudencia de la máxima Corporación judicial, pues no consideró el principio de la sana critica criminal, pues precisó que no era procedente el subrogado petitionado en atención a la gravedad de la conducta, con lo cual desconoció que se reintegró el bien objeto del punible y se indemnizó a la víctima, acto que denotaba el arrepentimiento de sus defendidos.

En consecuencia petitionó se case parcialmente la sentencia y se conceda el beneficio de la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

1. La demanda no reúne los presupuestos de técnica que permitan disponer su admisión, en razón a que incumple con los requisitos formales y materiales previstos en los artículos 183 y 184 inciso 2º de la ley 906 de 2004.

1.1. En efecto, para que la demanda de casación sea admitida, es necesario que la pretensión del demandante se dirija a documentar la necesidad de satisfacer alguna de las finalidades previstas en el artículo 180 del estatuto procedimental penal, además señalar la causal escogida para denunciar el agravio y contar con un desarrollo adecuado de cada uno de los cargos que le dan sustento, para así demostrar la necesidad del fallo de casación, labor que impone la observancia de las reglas de coherencia, precisión y claridad que conduzcan al cabal entendimiento del reparo, pues de lo contrario el libelo resulta inadmisibile.

2. Exigencias que no se constatan en el escrito presentado, pues si bien acudió a la causal indicada al reclamar la no aplicación de una norma de derecho sustancial, en este caso, las atinentes al principio de favorabilidad al momento del análisis de la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria, el correcto desarrollo del cargo suponía identificar las normas en conflicto por concurrencia o por sucesión en el tiempo; en este último caso, se hacía necesario señalar las disposiciones derogadas y las vigentes. Así mismo, la realización de un cotejo o juicio comparativo para evidenciar por qué en la sentencia recurrida debió aplicarse determinados preceptos, bien sea de manera retroactiva o ultractiva. Sin embargo, este derrotero no fue seguido por el demandante.

El censor simplemente se limitó a reclamar la concesión del beneficio al suponer satisfechos los requisitos dispuestos, se infiere, del artículo 38 del Código Penal sin la aplicación las modificaciones introducidas con la Ley 1709 de 20014, no vigente para el momento de la comisión de los hechos, esto es el 20 de octubre de 2013, a modo de alegato de instancia, sin exhibir en concreto cuál fue el error del sentenciador en tal estudio a fin de descalificar la doble presunción de acierto y legalidad que le asiste a la providencia.

2.1. El casacionista, entonces apelante, al momento de la alzada, de forma

subsidiaria, peticionó la prisión domiciliaria e invocó la aplicación del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, que adicionó el artículo 38B al Código Penal, a fin de considerar el requisito objetivo de la pena a imponer de acuerdo con el delito y se considerara el reintegro del bien objeto del ilícito y la indemnización entregada a la víctima.

Pretensión que fue denegada por el ad quem, pues de acuerdo con tal normatividad, no se cumplían a cabalidad los requisitos, en especial porque “está prohibida la concesión del mencionado sustituto para aquellos que han sido condenado (sic) en cualquier tiempo por hurto calificado, como sucede en el asunto examinado, pues previamente los procesados fueron sancionados por esa conducta punible contra el patrimonio económico, de modo que no es posible otorgar el beneficio, por expreso mandato del nuevo artículo 68ª del Código Penal.”

Igualmente, ya que “el mínimo de la sanción previsto para el ilícito del artículo 239, 240,-1 y 241-10 de la Ley 599 de 2000 imputado y aceptado por WILBERT YEZID CIFUENTES GARCÍA y JAHIR JAVIER GARCÍA ARIZA, es de 9 años, es decir no se satisface el requisito objetivo del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 y, como no procede por dicha ilicitud o una de las prevista (sic) en inciso segundo del artículo 68ª ibídem”³

Argumentos que no fueron desestimados por el demandante en el libelo a través de la acreditación de la violación del principio de favorabilidad, al haberse estudiado el punto conforme con la misma normatividad que invocó, punto que incluso, daría lugar a desestimar su alegato, por ausencia de interés.

3.2. Igualmente, frente al tema que refiere, esta Corporación ya ha explicado que:

(...) cuando el legislador decidió asumir una nueva forma de regular el sustituto de la prisión domiciliaria, tuvo en mente una finalidad específica y en razón de ello determinó los elementos que deberían necesariamente conjugarse para conducir a concederlo o negarlo.

En ese sentido, debe resaltarse, realizó un ejercicio de pesos y contrapesos que permitiera equilibrar los factores en juego al momento de otorgar el sustituto, para que no se entienda una excesiva largueza que dentro de la política criminal inserta en la modificación termine por sacrificar valores importantes, como podrían señalarse los de la protección de la comunidad, efectividad de la sanción y posibilidad de evitar la reiteración del daño.

Al amparo de ello, entonces, si bien estimó conveniente incrementar el monto de pena que objetivamente faculta acceder al beneficio y eliminar el requisito subjetivo, a la par consideró que para equilibrar esos otros valores que podrían quedar expuestos, era menester, de un lado, recurrir a otro factor objetivo, que denominó arraigo, y del otro, excluir algunos delitos que si bien, se avienen con esa pena incrementada, representan una tal gravedad que se obliga imponer en todos sus efectos la pena de prisión intramural.

Entonces, si sólo se toma en cuenta la nueva normativa en lo que corresponde al tope de 8 años de pena y el factor de arraigo, pero se deja de lado la naturaleza grave del delito, expresamente imposibilitado del beneficio, se está generando un desbalance ostensible frente a la finalidad del instituto y el querer del legislador, al punto que no solo se le suplanta, sino que se desnaturaliza completamente la nueva figura.

Es necesario tomar en consideración, para efectos de verificar la aplicación objetiva del principio de favorabilidad, que su esencia radica en la posibilidad de hacer valer frente a una persona determinada y en un momento histórico específico, ora la norma vigente para el momento en el cual ejecutó el delito, ya la operante cuando la decisión se toma.

Ello significa, en estricto sentido, que respecto de quien es sujeto al trámite penal se elige el mejor de los momentos normativos en juego, dentro del entendido que alguno de ellos, en efecto, estuvo o está vigente a su favor. (...)

Hoy, con la expedición de la Ley 1709 de 2014, también se ha establecido un sistema de contrapesos –que incluso ha de entenderse de mayor rigor en su aplicación visto el amplio espectro que se abre con el incremento del monto de pena que permite acceder al mismo-, a cuyo amparo no basta con que se cumpla ese término ampliado de 8 años, sino que se reclama ineludible verificar la condición de arraigo y, a la par, que el delito no se encuentre inscrito dentro del listado referenciado en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, también modificado.

Así como no era posible en vigencia del modificado artículo 38 original, conceder el sustituto sin que se cubrieran ambas exigencias –la temporal y la subjetiva-, hoy tampoco puede predicarse que se halle factible hacerlo sin el estricto cumplimiento de la tríada contenida en la norma modificada y el artículo 68 A.

Y, ninguna favorabilidad puede predicarse para el caso analizado porque, simplemente, en ambos espacios temporales de vigencia o aplicación, para el acusado está vedado acceder al sustituto, de conformidad con la evaluación que respecto de la normatividad original hizo el A quo, y lo que hoy se refleja del instituto modificado. (...)

La Corte debe señalar que si bien la prohibición de conceder el sustituto en razón a la naturaleza del delito, no se halla inserta en el artículo 38 modificado, ello resulta intrascendente para lo que se discute, pues, en estricto sentido material, el artículo 68 A de la ley 599 de 2000, directa y expresamente incide en el instituto que allí se regula, al punto de establecer un nuevo requisito u exigencia para su concesión o denegación. (CSJ. SP2998-2014. Radicado N° 42623. Sentencia de segunda instancia del 12 de marzo de 2014).⁴ CSJ AP6932-2015.

Luego, resulta desatinado el reclamo del togado, quien so pretexto del principio de favorabilidad pretende el desconocimiento de un aparte regulador del instituto, para acceder al sustituto de la prisión domiciliaria, cuando, como acertadamente lo entendió

el Tribunal imponía su aplicación y comprensión integral.

3.3. Adicionalmente, de haberse considerado la normatividad vigente para el mes de octubre de 2013, tampoco resultaba factible el sustituto pretendido, por cuanto de acuerdo con el artículo 38 del estatuto sustancial, modificado por la Ley 1453 de 2011, éste sólo procedía por conducta punible con pena mínima de 5 años o menos, supuesto que no cumple el delito de hurto calificado y agravado⁵ aceptado por los acusados y, el artículo 68A igualmente lo condicionaba a la ausencia de antecedentes judiciales dentro de los 5 años anteriores, punto que no cuestionó el actor pese a que era imperante, a fin de acreditar la trascendencia de su reproche.

4. En consecuencia, la Sala habrá de inadmitir la demanda de casación examinada, más aun cuando no se advierte que el recurso esté convocado a cumplir alguna de sus finalidades o que se haya vulnerado garantías de orden fundamental que impongan su protección oficiosa.

5. Contra la determinación que se adopta es viable el mecanismo de insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el señalado en CSJ AP, 12 Dic. 2005, Rad. 24322 y de acuerdo al plazo precisado en CSJ AP3481-2014.

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

R E S U E L V E

Inadmitir la demanda de casación de origen y procedencia anotados, presentada por el apoderado judicial de WILBERT YEZID CIFUENTES GARCÍA y JAHIR JAVIER GARCÍA ARIZA.

Contra esta decisión, procede el mecanismo de insistencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Igualmente a Marlon García Ariza, quién no aceptó el cargo y por consiguiente se ordenó la ruptura procesal.

2 Folio 36 cuaderno Tribunal

3 Folio 26 Cuaderno Tribunal

4 Postura ha sido reiterada en CSJ, SP, 2 de abril de 2014, rad. 43209; 30 de abril de 2014, rad. 43256; 2 de abril de 2014, rad. 34047; 9 de julio de 2014, 43711; 5 de agosto de 2014, rad. 43860; 28 de octubre de 2014, rad. 34017; 28 de enero de 2015, rad. 44776; 25 de febrero de 2015. Rad. 45244; 29 de abril de 2015, rad. 45481; 29 de abril de 2015, rad. 44428; 25 de mayo de 2015, rad. 43961 y 25 de mayo de 2015, rad 43258.

5 De acuerdo con los artículos 240 y 241, la pena mínima ascendía a 9 años.