

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP328-2016

Radicación N° 46975

(Aprobado Acta N° 19)

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de resolver sobre su admisión, la Corte examina la demanda de casación presentada por la defensora contractual de Carlos Alberto Moreno Riaño contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 10 de agosto de 2015, que confirmó la proferida el 21 de mayo de 2014 por el Juzgado 44 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad y condenó al nombrado como coautor penalmente responsable del concurso heterogéneo de las conductas punibles de imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias; ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, en concurso homogéneo y simultáneo; usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, y falsedad marcaria.

HECHOS

Fueron así consignados en el fallo que se discute, según los narró el a quo:

Luego de información suministrada por una fuente humana, se llevó a cabo el día 5 de diciembre de 2013, diligencia de registro y allanamiento en el inmueble ubicado en la Carrera 107 N°56 F-34 Sur, Barrio “El Anheló” de Bosa, la cual atendió el señor CARLOS ALBERTO MORENO RIAÑO, en la diligencia se encontró:

En la primera planta EMP1: 17 cajas de cartón, cada una con 30 botellas de vidrios con etiquetas de aguardiente NECTAR CLUB; 7 cajas de cartón cajas de cartón (sic), con 12 botellas de vidrio con las etiquetas de Aguardiente NECTAR CLUB, más 8 unidades; 5 cajas de cartón cada una de ellas con 20 botellas, con las etiquetas de Aguardiente ANTIOQUEÑO; 4 [cajas de cartón] cada una de ellas con 12 cajas tetra pack con las etiquetas de aguardiente NECTAR CLUB; 4 cajas de cartón, cada una con 24 cajas con las etiquetas y logo símbolo de RON VIEJO DE CALDAS; 40 Unidades de cajas de cartón Tetra pack con etiquetas, logo y símbolos de NECTAR CLUB; 10 unidades de botellas con marca RON VIEJO DE CALDAS.

En la tercera planta (habitación a mano izquierda), fue encontrado: EPM2: (sic) 29 cajas de cartón, con 12 unidades de Aguardiente ANTIOQUEÑO, sin azúcar; 20 cajas, con 12 unidades de Aguardiente ANTIOQUEÑO tradicional: 30 cajas con 12 unidades de NECTAR CLUB; 16 cajas con 12 unidades de NECTAR ROJO; 2 cajas con 20 unidades de Antioqueño Tradicional Néctar; 8 cajas de 30 unidades de Néctar Club; 4 cajas de 12 unidades de Néctar Club; 50 unidades de RON VIEJO DE CALDAS.

En la tercera planta (Sala comedor), se encontró EMP3: 18 unidades de Aguardiente ANTIOQUEÑO TRADICIONAL; 93 unidades de RON MEDELLIN; 16 cajas en cuyo interior hay 12 unidades de RON VIEJO DE CALDAS, más 7 unidades; 3 cajas de 12 unidades de Aguardiente ANTIOQUEÑO SIN AZUCAR; 28 cajas de 12 unidades de Aguardiente ANTIOQUEÑO TRADICIONAL; 28 cajas de 12 unidades NECTAR CLUB; 17 cajas de 12

unidades de NECTAR ROJO; 9 cajas de 30 unidades de NECTAR CLUB; 3 cajas de 20 unidades de Aguardiente ANTIOQUEÑO TRADICIONAL; 3 cajas de 12 unidades, más 8 unidades de Aguardiente NECTAR CLUB; 37 unidades de RON CALDAS.

En la tercera planta, también hallaron EMP4: 2 máquinas selladoras; 1.500 estampillas de diferentes marcas de licor, 300 empaques tetra pack de diferentes marcas.

## ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 6 de diciembre de 2013 se llevó a cabo audiencia preliminar concentrada ante el Juzgado 21 Penal Municipal con funciones de control de garantías de la capital, en la que se legalizó el allanamiento y la captura en flagrancia de Carlos Alberto Moreno Riaño, Germán David, José Luis y Juan Carlos Cristancho Moreno y Aníbal Moreno Bernal. La Fiscalía les imputó la coautoría en los delitos de imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias; ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, en concurso homogéneo y simultáneo; usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, y falsedad marcaria (artículos 373, 312, 306 y 285 del Código Penal, respectivamente). Solamente Carlos Alberto Moreno Riaño se allanó a los cargos.

El Juez impuso al último medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de residencia<sup>1</sup>.

2. La actuación, dentro de este proceso, continuó respecto de Carlos Alberto Moreno Riaño y el 4 de marzo de 2014 la Fiscalía 121 Seccional radicó escrito de acusación con los términos del allanamiento<sup>2</sup>.

3. La audiencia de verificación se surtió el 21 de mayo siguiente, bajo la dirección del Juzgado 44 Penal del Circuito con funciones de conocimiento<sup>3</sup>, día en el que se dictó sentencia condenatoria en contra de Moreno Riaño por los injustos

endilgados. La Juez le impuso las penas principales<sup>4</sup> de 96 meses y 3 días de prisión<sup>5</sup> y 636,99 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. Al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, ésta como padre cabeza de familia, según lo pidió la defensa<sup>6</sup>.

4. La apoderada judicial del procesado interpuso recurso de apelación y el Tribunal Superior de este Distrito Judicial confirmó la decisión el 10 de agosto de 2015<sup>7</sup>.

5. La misma profesional recurrió en casación y presentó el libelo correspondiente.

## LA DEMANDA

Después de hacer una síntesis de los sujetos procesales, la situación fáctica, la actuación surtida y las providencias proferidas, la jurista asegura que posee interés para impugnar puesto que al fijar una pena de 75 meses para el delito base y al individualizar las restantes por los punibles de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico y usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, no se tuvo en cuenta la tentativa, con lo cual se vulneraron los derechos de su representado. Si bien éste aceptó cargos, aduce que la calificación jurídica no se ajustó a derecho.

Propone tres reproches que sustenta así:

Primero.

Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 27 del Código Penal (tentativa) e indebida aplicación del precepto 312 ejusdem.

De acuerdo con los hechos admitidos por su prohijado y con apoyo en el material probatorio obrante, es evidente la imperfección del delito previsto en el canon 312,

toda vez que por la intervención de las autoridades que realizaron el allanamiento, no se alcanzó a consumir. No se probó que Moreno Riaño efectivamente haya comercializado o puesto a disposición del público o de particular alguno los productos que le fueron incautados.

Por esa razón, no se podía partir de una pena tan alta, sino de aquella resultante de hacer la disminución por virtud de la tentativa.

Solicita se case parcialmente el fallo y en su lugar se profiera uno en el que se degrade la conducta de consumada a tentada.

Segundo.

Violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente del precepto 27 del estatuto sustantivo y aplicación inadecuada del 306 ibidem.

El injusto descrito en la última disposición tampoco se perfeccionó, dada la intervención de los miembros de la Policía Judicial. No se demostró que se haya utilizado el nombre comercial, marca, enseña, modelo o patente.

Pide se case parcialmente el fallo confutado para, en su reemplazo, proferir uno en el que se tenga en cuenta el dispositivo amplificador del tipo y se realice la rebaja correspondiente.

Tercero (subsidiario).

El juez plural, al negar la prisión domiciliaria, violó directamente la ley sustancial al interpretar erróneamente los artículos 1 de la Ley 750 de 2002 y 68A del Código Penal.

Si en gracia de discusión su defendido fue condenado con anterioridad, lo cierto es que

ello no ocurrió dentro de los cinco años precedentes, como lo refirió la colegiatura.

Hay una sentencia del Juzgado 12 Penal del Circuito de Bogotá, con radicado 11001600009020080017501, confirmada por el Tribunal el 4 de diciembre de 2009, empero, como en este proceso el fallo de primer grado solo fue ratificado hasta el 10 de agosto de 2015, emerge que los cinco años se cumplieron antes de este último, esto es, el 4 de diciembre de 2014. Es la decisión de segunda instancia la que define el aludido plazo.

En consecuencia, la prisión domiciliaria, por padre cabeza de familia, se debió otorgar.

Reclama a la Corte casar parcialmente la providencia de segunda instancia y, en su defecto, emitir otra en la que se conceda el aludido sustituto.

Finaliza su discurso, manifestando que en esta ocasión se hace necesario un pronunciamiento de la Sala, habida cuenta que sobre los tipos penales endilgados la jurisprudencia es escasa y por ello se requiere la unificación de criterios y la fijación de pautas interpretativas, para así mantener la coherencia.

## CONSIDERACIONES

La demanda presentada será inadmitida porque no cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la ley y la jurisprudencia para darle curso y la Corte no advierte la necesidad de penetrar en el fondo del asunto para cumplir con las finalidades de la casación. Estos son los motivos:

1. La falencia que de entrada se avizora, a la luz del artículo 182 de la Ley 906 de 2004, es la falta de interés para acudir en casación, en concreto, al plantear las dos primeras críticas.

1.1. En efecto, tal como se dejó consignado en los antecedentes de esta providencia, Carlos Alberto Moreno Riaño se allanó a los cargos en la audiencia preliminar.

Según lo preceptuado en el canon 293 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la aceptación de cargos es vinculante para la fiscalía y el imputado. Por manera que una vez el juez constate que ese acto ha sido voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo, «sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes», salvo que se verifique desconocimiento de garantías fundamentales.

Resulta totalmente desatinado que luego de admitir responsabilidad en la comisión de los hechos punibles, bajo los lineamientos expuestos en la formulación de imputación, se intente debatir un asunto que se dio por superado cuando el juez de control de garantías y luego el de conocimiento constataron que su acogimiento fue libre y voluntario, sin presiones de ninguna índole, y se hizo en presencia del defensor.

La Sala ha sostenido que cuando una persona se acoge a cargos de manera libre, consciente, espontánea e informada sobre las consecuencias que ello entraña, ese acto impide toda impugnación que busque deshacer sus efectos (CSJ SP, 20 oct. 2005, rad. 24026).

Tal como ocurre con la figura de la sentencia anticipada prevista en la Ley 600 de 2000 (artículo 40), en el allanamiento contemplado en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 también opera el principio de no retractación. De donde se impone que no es posible que con posterioridad el acusado discuta asuntos relacionados con su responsabilidad, ya sea para debatir sobre su inocencia o para intentar una forma de degradación de la conducta.

Así, atendiendo que el principio de irretractabilidad inhabilita a las partes para revocar, reformar, modificar o desconocer los términos de la aceptación de cargos, dar cabida,

en sede extraordinaria, a censuras que impliquen arrepentimiento, lesionaría los postulados de buena fe, lealtad procesal, seguridad jurídica y pronta y eficaz administración de justicia (CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31280). Ignoró la jurista que el reconocimiento hecho por su prohijado acarrea la renuncia de los derechos a la no autoincriminación, a un juicio público, oral, concentrado, con inmediación de las pruebas y contradictorio, a cambio de una rebaja de pena.

1.2. Adicionalmente, se observa que las censuras iniciales, orientadas a lograr que se reconozca un dispositivo amplificador del tipo, desconocen la realidad procesal, esto es, que durante la audiencia de imputación, el representante de la Fiscalía fue reiterativo en informar que los delitos endilgados lo eran a título de dolo y bajo la modalidad de consumados<sup>8</sup>, luego de lo cual Moreno Riaño afirmó de viva voz que aceptaba los cargos y que lo hacía en forma libre, consciente y voluntaria<sup>9</sup> -ello fue ratificado en el escrito de acusación-.

Por consiguiente, su propuesta comporta retractación.

La violación directa que ahora alega, sobre la base de la inexistencia de pruebas, riñe con la admisión hecha, en la que, como se expuso, se renuncia a un juicio oral, por manera que no puede hablarse en estricto sentido de prueba sobre la cual se constate la existencia de ese vicio aducido.

2. Ahora bien, en el tercer reproche, también por infracción directa, la demandante parte de un presupuesto erróneo, que impide darle curso.

La prisión domiciliaria por padre cabeza de familia le fue negada al acusado por expreso mandato legal, justamente porque, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, registra antecedentes penales, que no refieren a delitos culposos o políticos, sino a «los mismos punibles por los que aquí se procesa»<sup>10</sup>. Esta Corporación ha sostenido que las anotaciones de carácter penal inciden



al momento de valorar la procedencia o no de ese sustituto respecto de quien alega ser padre o madre cabeza de hogar. En CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, reiterada recientemente en CSJ AP5169-2015, rad. 46586, afirmó:

En consecuencia, ya sea por mandato constitucional o específico precepto legal, en ningún caso será posible desligar del análisis para la procedencia de la detención en el lugar de residencia o de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, aquellas condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste.

De otra parte, en lo que toca con el argumento de la letrada, según el cual, la condena precedente no tuvo lugar dentro de los cinco años anteriores, hay que decir que es erróneo. El tope temporal para tales efectos no es el fallo de segunda instancia que se profiere dentro del último proceso. El legislador se refirió al proveído de primer grado, habida cuenta que el examen respectivo tiene lugar durante la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Así mismo, vale la pena recordar que, según lo precisó la Sala en CSJ SP11235-2015 (radicado 45927), refiriéndose al artículo 68A del Código Penal, esos cinco años se contabilizan a partir de la ejecutoria de la condena anterior y siempre que los hechos de ésta hayan ocurrido antes de los sucesos por los cuales se dicta la sentencia en la segunda actuación.

Por ende, razón le asistió al Tribunal cuando adujo:

Así, véase que existe anotación emanada de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, en la que se registra que dentro de la causal con radicado “800175”, CARLOS ALBERTO MORENO RIAÑO fue condenado en la data del 27 de abril de 2010, por la

comisión de los mismos punibles por los que aquí se procesa, siendo la misma apoderada quien allega copia del fallo condenatorio en contra del mencionado, el cual está fechado a 4 de agosto de 2009. Entonces, si la decisión aquí confutada se emitió el 21 de mayo de 2014, los cinco años anteriores encontrarían su límite el 21 de mayo de 2009, razón por la que las enunciadas sentencias se enmarcan dentro del lustro indicado.

Lo último también fundamenta la aplicación de lo normado en el inciso primero del artículo 68A del estatuto punitivo, el cual determina que no se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.<sup>11</sup>

La exposición que antecede, es suficiente para inadmitir la demanda, máxime cuando el argumento exhibido por la jurista, según el cual, se hace necesario que la Corte se pronuncie sobre los injustos endilgados para unificar jurisprudencia, se quedó en un simple enunciado pues no indicó por qué las decisiones existentes –las que ni siquiera identificó– resultan insuficientes para resolver el caso ni por qué las mismas se muestran contradictorias. Tampoco se evidencian flagrantes violaciones de derechos o garantías fundamentales del procesado, salvo la que más adelante se indica.

3. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, y precisadas en AP-3481-201412.

4. La admisión oficiosa del recurso.

Atendiendo los fines de la casación, instituida como un mecanismo de control

constitucional y legal, que propende por 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, a iniciativa de la Sala y con el específico fin de garantizar los derechos fundamentales del procesado, se habilitará el recurso, con el propósito de analizar la posible afectación del principio de legalidad de la pena, concretamente, al momento de hacer la sumatoria por razón del concurso heterogéneo.

No se convocará a audiencia de sustentación porque, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia, ella es improcedente cuando el censor no advierte la presunta irregularidad evidenciada por la Corte y que constituye la razón para entrar en el fondo del asunto.

Así, en CSJ SP, 25 jul. 2007, rad. 27383, dijo:

Del texto legal se desprende que la audiencia de sustentación dentro del trámite del recurso casación tiene como finalidad axial que el demandante presente sus argumentos oralmente y que los no recurrentes tengan la oportunidad de controvertir los motivos de impugnación, de donde se tiene que el debate que se plantea en este momento procesal gira en torno a las razones aducidas por la parte o interviniente interesado en derrumbar las decisiones tomadas en las instancias.

Sin embargo, y atendiendo que con el recurso de casación se “pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia” (artículo 180 ibídem), a pesar de la inadmisión de una demanda, la Sala oficiosamente puede disponer que se tramite el extraordinario recurso, supuesto en el que serán objeto de la decisión los temas propuestos directamente por la judicatura, esto es, que la propia Corte determina y limita los problemas jurídicos que con carácter imperativo ameritan su pronunciamiento.

En tales circunstancias no hay necesidad de un debate entre las partes e intervinientes, pues ellas no observaron, omitieron o inadvirtieron lo que para la Corporación resulta

determinante y que exige su intervención en el caso concreto. Ni siquiera resulta pertinente ordenar un traslado al Ministerio Público pues este especial sujeto si tenía razones para debatir o demeritar la sentencia debió impugnarla.

De lo expuesto se sigue que la audiencia de sustentación del recurso de casación no tiene lugar cuando la Corte hace uso de sus poderes oficiosos (...).

Por consiguiente, una vez cumplido el plazo para la presentación del recurso de insistencia, el asunto pasará al despacho para la elaboración del proyecto de sentencia

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda presentada por la defensa de Carlos Alberto Moreno Riaño contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

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

Vencido dicho término, el expediente debe regresar al despacho para proferir sentencia, según el punto 4 de las consideraciones de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Acta visible a folios 23 a 25 de la carpeta.

2 Folios 33 a 36 Id.

3 Disco compacto obrante en la carpeta.

4 Le reconoció la rebaja del 12.5%.

5 En la parte considerativa adujo que serían 96 meses y 6 días de prisión.

6 Folios 126 a 141 Id.

7 Folios 16 a 27 del cuaderno del tribunal.

8 Minutos 01:06:20 y 01:08:16 del registro obrante en disco compacto en la carpeta.

9 Minuto 01:45 y siguientes Id.

10 Folio 11 del fallo de segunda instancia.

11 Id. En el expediente consta que los hechos por los que se profirió la condena inicial

acaecieron el 6 de julio de 2008 (folio 159 de la carpeta).

12 Radicado 42597.