

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

AP3649-2018

Radicación N° 52021.

Acta 288.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

1. V I S T O S

Se decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de WILLIAM ENRIQUE HERNÁNDEZ SURMAY, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo el 18 de septiembre de 2017, mediante la cual se confirmó la que decidió condenar al acusado como autor del delito de receptación agravada.

2. A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

En la sentencia de segunda instancia, se declararon como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

..., en Sincelejo, Departamento de Sucre, durante el mes de junio de 2011 se realizaron diversos operativos por parte de la policía judicial SIJIN, los cuales arrojaron como resultado la recuperación de varios vehículos hurtados, en diversas partes del país, estableciéndose que los mismos habían sido objeto de comercialización por parte de WILLIAM ENRIQUE HERNANDEZ SURMAY conocido como WILSON, conforme a como se relaciona a continuación. El 16 de junio siendo las 11:12 horas se realizó registro con permiso de morador en el inmueble ubicado en la Cra 16B#28-66 del Barrio Majagual, siendo atendidos por William Urango Payares, encontrando en el patio.

Un vehículo Marca Chevrolet SPRINT, color rojo portando las placas GNA, el cual había sido hurtado en la ciudad de Medellín el 20 de marzo de 2011, cuando portaba las placas LVK-258, investigación que lleva a la Fiscalía 194 bajo SPOA 050016000206201118212.

Una 1 Motocicleta YAMAHA línea YBR 125, Chasis 29G1006752 y Motor # 29G1006752, sin placas; de la cual se establece con experticia técnica que los guarismos alfanuméricos de identificación fueron alterados correspondiente Chasis 29C1006752 y Motor # 29C1006752.

Rodantes que fueron alterados por parte de WILLIAM URANGO PAYARES, como garantía de un préstamo de dinero por la suma de 2.000.000.00, cada uno, haciendo entrega de los documentos tales como contrato de prenda con tenencia, letras de cambio, tarjeta de propiedad, formato de traspaso, ETC; que amparaban su aparente legalidad y procedencia.

Así mismo, fueron hurtados y comercializados por el señor HERNÁNDEZ SURMAY, una motocicleta BAJAJ de color negro que portaba las placas DZG-20B, la cual al momento de ser hurtada portaba placas IIR-46B, un automóvil CHEVROLET GRAND VITARA, que llevaba placas QHF-155 y fue hurtado en el municipio de Apartadó (Antioquia) bajo las placas

MND-190, un automóvil marca RENAULT CLIO que portaba placas KBQ-076, que sido hurtado el 5 de junio de 2011, en Medellín (Antioquia) cuando portaba las placas FAV-756.

2. Procesales

El 15 de febrero de 2016, en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación a WILLIAM HERNÁNDEZ SURMAY, como autor del delito continuado de receptación agravada (arts. 447, inciso 2º, C.P.), cargo al cual se allanó en el acto.

Una vez presentado el escrito de acusación, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sincelejo, el 20 de mayo de 2017, realizó la audiencia de individualización de pena y, el 8 de junio siguiente, la de lectura de sentencia. En ésta, se condenó al acusado por el delito aceptado, a las penas principales de prisión por 4 años y multa por valor de 4.66 s.m.l.m.v., así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la privación de la libertad. Además, se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria.

Esa sentencia fue confirmada el 18 de septiembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, ante el recurso de apelación que interpuso el defensor con el objeto de que se concediera a su representado la prisión domiciliaria.

A su vez, contra la sentencia de segunda instancia, el mismo defensor promovió el recurso extraordinario de casación, el cual sustentó en la oportunidad legal.

3. L A D E M A N D A

En un inicio, el recurrente identifica la sentencia proferida, los hechos enjuiciados y la actuación surtida. Luego, invoca la violación directa de la ley sustancial (art. 181-1, C.P.P.), como causal de casación, para denunciar la interpretación errónea de los artículos 38 -prisión domiciliaria- y 6 -principio de favorabilidad- de la Ley 599/2000.

En desarrollo de la censura, afirma que en el caso se reúnen los requisitos establecidos en el precitado artículo 38, con excepción del referido a la pena mínima del delito por el que se procede (5 años de prisión o menos) porque la contemplada para la receptación agravada es de 8 años. Sin embargo, alega, con fundamento en el principio de favorabilidad, debe tenerse en cuenta que las leyes 1142/07 (art. 32) y 1474/11 (art. 13) no excluyeron de «beneficios y subrogados» la conducta punible antes referida. Además, continúa, la Ley 1709/14 introdujo al Código Penal el artículo 38A, que es más benéfico que la norma original porque extendió la prisión domiciliaria a los delitos castigados, inclusive, con mínimo 8 años de prisión.

Así las cosas, solicita que se aplique lo más favorable del artículo 38 sustantivo, específicamente los numerales 2 a 5 que contemplan requisitos que se satisfacen en el caso, y el artículo 38B de la Ley 1709/14, en cuanto estableció un criterio objetivo de procedencia del subrogado más amplio que la norma anterior (monto mínimo de pena). Al respecto, asegura que el juez «puede acudir de esas nuevas leyes a los preceptos aliados que sea para el caso en concreto más benigno para el imputado, con tal que se tomen preceptos completos y no simples fragmentos de ellos, al observar que no está prohibido en nuestro derecho mezclar disposiciones de las varias leyes de tránsito,...».

Es decir, plantea el recurrente que «las varias disposiciones de una ley también son ley, aunque para tener sentido y aplicabilidad deben conformar respecto a un tema concreto una proposición completa que permita su autonomía relativa, como en el presente caso que trata concretamente del beneficio de la prisión domiciliaria,...». Es ésta, afirma, una redefinición de lo que se entiende por «tercera ley» o «lex tertia», en la medida en que no

es un problema de creación de normas legales sino de su aplicación, en la que resulta paradigmática una sentencia de esta Corte, de la que solo indica que fue proferida el 3 de septiembre de 2001.

Con base en tales razonamientos, alega que su defendido cumple los requisitos para que se le conceda la prisión domiciliaria y, en ese sentido, solicita casar –parcialmente- la sentencia condenatoria.

4. CONSIDERACIONES

4.1 De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del C.P.P./2004, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de WILLIAM ENRIQUE HERNÁNDEZ SURMAY, con el objeto de determinar si es admisible o no, lo cual dependerá del cumplimiento de los requisitos consagrados en el citado estatuto para ese acto procesal que se refieren, básicamente, a la existencia de interés jurídico, al señalamiento de la causal de casación, al desarrollo de los cargos de sustentación y a la necesidad del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

4.2 Sea lo primero advertir que, conforme a lo establecido en el artículo 181 del C.P.P./2004, el recurso de casación interpuesto es procedente porque se dirige contra una sentencia de segunda instancia, como fue la proferida el 18 de septiembre de 2017 por el Tribunal Superior de Sincelejo, que confirmó la condenatoria que había dictado el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa misma ciudad, en contra de WILLIAM ENRIQUE HERNÁNDEZ SURMAY, como autor del delito de receptación agravada.

4.3 De otra parte, el demandante se encuentra legitimado para recurrir en casación conforme lo establece el artículo 182 del estatuto procesal, pues integra una de las partes del proceso –la defensa-, y la sentencia condenatoria que se impugna produce consecuencias adversas a quien representa, dado que le impone sanciones restrictivas de derechos fundamentales. Además, los argumentos que sustentan el recurso extraordinario

son similares a los que había expuesto el defensor en la apelación promovida contra el fallo de primera instancia, en la medida en que ambos se dirigen a cuestionar la negativa a conceder la prisión domiciliaria, por lo que ningún reparo puede hacerse en torno a la legitimidad del impugnante.

4.4 Pues bien, aquél cita el numeral 1 del artículo 181 del C.P.P./2004 para formular un cargo de violación directa de la ley sustancial, por la interpretación errónea de los artículos 38 –prisión domiciliaria- y 6 –principio de favorabilidad- del Código Penal.

Recuérdese que en el ámbito de la causal de casación invocada, el debate no gira en torno a la corrección de los hechos declarados en el fallo ni del ejercicio de valoración probatoria a partir del cual aquellos fueron fijados¹, sino de la debida aplicación del derecho. En esa medida, la labor de demostración del vicio consistirá en evidenciar un error por exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma constitucional o legal, llamada a regular el caso bajo examen, en los siguientes términos:

4.4.1 En la falta de aplicación o exclusión evidente incurre el juez cuando yerra sobre la existencia de la norma jurídica pertinente al supuesto fáctico puesto a su consideración. No la estima existente o válida y, por esa vía, omite su aplicación.

4.4.2 En la aplicación indebida, el funcionario se equivoca en la selección del precepto jurídico y decide aplicar uno que no regula la materia. En consecuencia, el hecho no se adecúa al supuesto de la norma elegida para resolver la controversia. Y, por último,

4.4.3 En la interpretación errónea, el decisor conoce la norma jurídica aplicable y la selecciona para el caso de manera correcta; sin embargo, le asigna un sentido o un alcance que aquélla no tiene.

Entonces, acudió el defensor a este último sentido de la violación directa de la ley sustancial para cuestionar que, por virtud de una interpretación equivocada del principio de

favorabilidad, se impidió aplicar, de manera simultánea, el contenido más benigno del artículo 38 -original- de la Ley 599/2000 (num. 2 y 3), y del 23 de la Ley 1709/2014 (num. 1), suprimiéndose así las restantes exigencias que cada uno de esos preceptos, por separado, contempla para la procedencia de la prisión domiciliaria. Véase lo dispuesto por cada una de esas normas:

Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

(...).

Artículo 38B. Adicionado por Ley 1709 de 2014 (art. 23). Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley

599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

(...).

Es decir, a sabiendas que la prisión domiciliaria resulta improcedente para WILLIAM ENRIQUE HERNÁNDEZ SURMAY, a la luz tanto de Ley 599/2000 (art. 38) como de la 1709/2014 (art. 23), tal y como se concluyó en la sentencia de segunda instancia; el recurrente propone, con base en su entendimiento particular del principio de favorabilidad, la combinación de las partes de cada una de esas regulaciones que permitirían remover los obstáculos que la otra representa, así: (i) el numeral 1 del artículo 38B introducido por la última de tales leyes, por cuanto elevó el monto de la pena mínima legal a 8 años y, por esa vía, cobijó la conducta de receptación agravada; y (ii) las exigencias restantes del original artículo 38 sustantivo, en tanto no excluyen ese delito del subrogado, como sí lo hace el numeral 2 de la primera de tales normas por remisión al listado del artículo 68A -modificado por la Ley 1709/14 (art. 32)-.

Es evidente que la mezcla parcial de los artículos 38 de la Ley 599/2000 y 23 de la Ley 1709/2014, como lo propone el recurrente, implica la creación de una tercera disposición para regular un mismo instituto jurídico, como es el subrogado de la prisión domiciliaria. Esa posibilidad, que fue expresamente denegada por el Tribunal ante la petición de aquél, ha sido también rechazada por esta Corte como uno de los desarrollos posibles del principio de favorabilidad penal, entre otras, en la SP5107-2017, rad. 47974. En ésta, se analizó una

propuesta similar a la del aquí demandante, respondiéndose así:

El actor en casación discrepa del alcance dado por el sentenciador al principio de favorabilidad, en tanto entendió que no podía aplicar la reforma introducida por el art. 23 de la Ley 1709 de 2014 al sustitutivo de la prisión domiciliaria, toda vez que el numeral segundo excluía su pertinencia frente a delitos contra la administración pública como el de peculado por apropiación objeto de condena, para en todo caso rechazarla al consultar los presupuestos exigidos por el art. 38 del C.P., que tampoco concurrían.

En este sentido, se atiene el fallo al criterio de la Sala, pues la aspiración de obtener la prisión domiciliaria parcelando los presupuestos previstos en la ley (arts.38 y 38B y 23 de la Ley 1709) y sometiendo solamente a escrutinio aquellos requisitos que asume el actor le resultaban favorables, implica ni más ni menos la creación de una *lex tertia*, que no tiene en dicha hipótesis justificación alguna, menos con el argumento según el cual se trata de preceptos que no regían en el momento de los hechos, pues ciertamente aun cuando tampoco existía la propia sustitutiva, siempre que de verificar su viabilidad se trata esto, sólo es posible aplicando la figura en la forma como las diferentes reformas la han contemplado en su integridad, pero no extrayendo aquellos requisitos que se estima lo posibilitan indistintamente de cada una y menos que esto sea viable aduciendo el principio de favorabilidad.

En igual sentido, se ha indicado en las siguientes decisiones: SP8290-2017, rad. 421762; SP, mar. 12/14, rad. 42623; SP, abr. 2/14, rad. 43209; y en el AP8309-2016, rad. 48616. También vale recordar lo afirmado en esta última:

[...] se alude en la demanda en pos de sugerir que esta Corporación ha admitido la

posibilidad de crear una *lex tertia* al proveído del 20 de enero de 2010, dictado dentro del radicado 29692, haciéndose abstracción de que el entorno allí auscultado es diverso al que en esta ocasión se examina, en el entendido que dicho escenario requiere contar con figuras jurídicas susceptibles de ser individualizados entre sí, lo que aquí no ocurre, pues, según ha tenido oportunidad de precisarlo la Sala, “ello opera en circunstancias muy particulares, también desarrolladas ya por la jurisprudencia (CSJ SP, 3 Sep 2001, Rad. 16837), que refieren la posibilidad de realizar esa mixtura cuando los preceptos confrontados remiten a institutos, subrogados o sanciones diferentes y no en los casos en que se busca aplicar un beneficio concreto a partir de tomar en consideración elementos disonantes de las diferentes normatividades en juego” (CSJ SP, 12 Mar 2014, Rad. 42623).

Así las cosas, la propuesta interpretativa del defensor de WILLIAM ENRIQUE HERNÁNDEZ SURMAY, no logra develar algún error en la labor hermenéutica realizada por el Tribunal Superior de Sincelejo para concluir que aquél no reúne los requisitos que hacen procedente la prisión domiciliaria, ni en la regulación original de la Ley 599/2000 (art. 38) ni en la modificada por la 1709/2014 (art. 23). Por el contrario, en la sentencia impugnada se respetó la línea jurisprudencial que en esa materia, como se vio, ha sido trazada por esta Corporación en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción penal ordinaria.

4.5 En ese orden, se inadmitirá la demanda de casación dado que no sustentó un solo error de juicio -ni de procedimiento- susceptible de estudio en sede de casación. Además, no demostró la necesidad del control para lograr una de las finalidades previstas en el artículo 180 del C.P.P./2004; tampoco observa la Corte, de manera oficiosa, la presencia de alguna de las hipótesis que le permitirían superar sus defectos para decidir de fondo, de conformidad con el artículo 184 ibídem.

4.6 Siendo esa la decisión a adoptar, se advertirá al recurrente que contra la misma procede la insistencia, conforme a las directrices que sobre la materia ha indicado esta Corte en múltiples ocasiones³.

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

5. R E S U E L V E

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de WILLIAM ENRIQUE HERNÁNDEZ SURMAY.

Contra esta decisión procede la insistencia

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

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

1CSJ AP, may. 9 de 2012, Rad. 37987; CSJ AP, jul. 10 de 2013, Rad. 41411; y, CSJ AP, dic. 11 de 2013, Rad 42737; entre otras.

2 “.., se recuerda que no es dable aplicar los segmentos más favorables de las dos normativas que regulan tales materias (Código Penal y Ley 1709 de 2014), pues ello conduciría a crear una indebida *lex tertia* (Cfr. CSJ SP, 12 marz. 2014, rad. 42623; CSJ SP, 2 abr. 2014, rad. 43209, entre otras)»

3 AP, 12 dic. 2005, rad. 24322; AP, 7 sep. 2006, rad. 25891; AP, 13 sep. 2006, rad. 25790; AP, 24 ene. 2007; AP, 15 may. 2008, rad. 29251; AP, 9 jun. 2008, rad. 29529; AP, 4 mar. 2009, rad. 31109; AP, 14 sep. 2009, rad. 32256; AP, 24 mar. 2010, rad. 32730; AP. 7 mar. 2012, rad. 37888; AP. 25 jun. 2014, rad. 42597; AP7224-2014, rad. 39900; SP11156-2015, rad. 45305; entre otros.