

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

AP4474-2015

Radicación n°.45515

(Aprobado Acta N°. 271)

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de María Catalina Martínez Escribano, contra la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2014 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado 44 Penal del Circuito de esta ciudad y condenó a la procesada como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

El A quo resumió la cuestión fáctica en los siguientes términos:

De acuerdo a la audiencia de formulación de imputación, los hechos se contraen a que el 25 de marzo de 2012, siendo las 17:38 horas, cuando patrulleros de la Policía Nacional se encontraban en el aeropuerto “El Dorado” de la ciudad, realizando inspección de equipaje en la sala de abordaje No. 8 del muelle internacional a los pasajeros de la ruta

Bogotá/Madrid de la aerolínea IBERIA con vuelo No. IB 6586, al realizar el respectivo control de rutina a los pasajeros se registró el equipaje de bodega de la señora MARÍA CATALINA MARTÍNEZ ESCRIBANO, sobre el cual se advirtió una imagen bastante densa e irregular, motivo por el cual se procedió a ubicar a su propietaria para realizar un control de antinarcóticos.

Al revisar su equipaje que consta de una maleta de rodachines, color negro, de lona, identificada con el BAG-TAG No. IB402280, la cual contenía prendas de vestir, y al estar vacía se nota un peso atípico, razón por la cual se solicita su consentimiento para inspeccionarla con técnica manual, realizándose un agujero con punzón saliendo de ésta una sustancia de apariencia encauchada, de color negro, que por su olor y textura indicaba que se trataba de narcótico.

Así, a la referida sustancia se le realizó la prueba Narco Test 2, obteniendo como resultado positivo para estupefaciente con un peso bruto de 4.610 gramos estableciéndose posteriormente su peso neto que corresponde a 908,9 gramos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 26 de marzo de 2012, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías URI Engativá, se llevó a cabo audiencia de legalización de captura y formulación de imputación contra María Catalina Martínez Escribano, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cargo que la indiciada aceptó y fue afectada con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario¹.

En audiencia celebrada el 10 de septiembre siguiente, el Juez 61 Penal Municipal de Bogotá, con función de control de garantías, accedió a la solicitud de la defensa de sustituir la anterior medida por la de detención domiciliaria².

2. El escrito de acusación con allanamiento a cargos se presentó el 4 de mayo del año en mención³, fecha desde la cual se suspendió el trámite con miras a gestionar el principio de oportunidad, sin resultados positivos. En consecuencia, el 16 de julio de 2014 se llevó a cabo audiencia de verificación de allanamiento e individualización de pena y sentencia, bajo la dirección del Juzgado 44 Penal del Circuito de esta Ciudad. El mismo día, el despacho dictó sentencia condenatoria contra Martínez Escribano como autora responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Le impuso sesenta y cuatro (64) meses de prisión, multa de ochenta y dos punto seis (82.6) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad.

Le negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁴.

4. En providencia del 11 de septiembre posterior, el Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la procesada, confirmó en su integridad la decisión del A quo⁵.

LA DEMANDA

Cargo único.

Con apoyo en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el casacionista acusa la violación directa, por interpretación errónea del artículo 29 de la Carta Política, que condujo a la indebida aplicación del canon 37 del Código Penal y a la falta de aplicación de los preceptos 36 y 38 de la misma normativa.

El principio de favorabilidad consagrado en la mencionada previsión constitucional, dada su indiscutible jerarquía, también está consagrado en los artículos 6-2 de la Ley 906 de 2004 y 6 de la Ley 599 de 2000, así como en los principios establecidos en la Convención

Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

Concreta la censura en que el Tribunal descarta la favorabilidad solicitada a nombre de la procesada, acudiendo a la jurisprudencia de esta Corporación que descarta la aplicación de la denominada *lex tertia* bajo el concepto de 'la integridad del ordenamiento jurídico', aun cuando en la providencia que se cita se acepta la posibilidad de la combinación de preceptos.

Comenta que la separación de poderes, en virtud del cual, compete al legislador hacer las leyes y a los jueces aplicarlas, en el marco de las ideas políticas de la llamada 'ilustración', tuvo aplicación y vigencia en el siglo XVIII, cuando se reaccionaba contra el absolutismo monárquico y el consiguiente monopolio abusivo del poder, buscando su fragmentación en las tres ramas del poder público interno.

Pero ese discurso constitucional y político cambió y así lo expuso ante el *Ad quem*, quien al respecto guardó silencio y dejó incólumes sus argumentos, motivo por el cual estima necesario reiterarlos en sede de casación.

Una vez transcribe apartes de dichos razonamientos, afirma que la sucesión de normas y la consiguiente aplicación de la favorabilidad, no se inspira en la seguridad, sino en razones de política criminal que son, justamente, las que motivan el cambio de la ley frente a la valoración anterior de un hecho, por lo cual, carece de sentido mantener la misma estimación.

Además, casi de ordinario la producción normativa del legislador tiene fallas, contradicciones, vacíos, etc., y necesariamente debe ser interpretada por el operador judicial para poder impartir justicia material, quien, a su vez, tiene a su cargo la elaboración del ordenamiento jurídico, en virtud de la armónica colaboración con los

fines del Estado.

Bajo esa propuesta, aduce que su inconformidad con el fallador de segundo grado radica en que se limitó a hacer una comparación de normas para negar el reconocimiento de la favorabilidad, sin atender que con esa especie de silogismos no se puede fallar un fenómeno tan complejo como es la aplicación de la *lex tertia*, frente a un tránsito legislativo.

Entonces, trae a colación otro aparte de lo argumentado al respecto como sustento de la alzada ante el Tribunal, relacionado con la aplicación mecánica de la ley y su interpretación meramente exegética, en contraste con la discrecionalidad judicial y los pronunciamientos en los que la Corte ha dado aplicación a la figura en comento, para precisar que en nuestra legislación no existe una prohibición expresa constitucional y legal, «misma que jamás podrá ser peyorativa a la garantía de favorabilidad».

Con ilustración doctrinal foránea, agrega que el principio de favorabilidad es un asunto de interpretación de la ley; no de cortapisas a las garantías fundamentales, sino de un tratamiento más benigno al procesado, como también lo han aceptado algunos tribunales Latinoamericanos, y esta Corporación, itera, no es refractaria a la aplicación de normas combinadas.

Apunta el letrado que la judicatura debe proveer respuesta a interrogantes que de antaño han sido planteados, como el relativo a la solicitada conjunción de normas frente al instituto de la prisión domiciliaria, y muchos otros que postuló en sede de apelación, «en orden a colaborar en la solución jurídica adecuada y justa, de un intrincado problema de interpretación legal», los cuales procede a transcribir.

Con fundamento en lo anterior, solicita se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se conceda a su defendida la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

1. En el marco de la Ley 906 de 2004, la admisibilidad de la demanda de casación está supeditada al cumplimiento de los requisitos formales previstos en el canon 183, esto es, (i) el interés para recurrir, (ii) la indicación de la causal invocada, (iii) la presentación de un desarrollo concreto, suficiente y adecuado de los cargos y sus fundamentos y (iv) que el asunto precise de alcanzar alguna de las finalidades del recurso.

2. El libelo que se examina, no contiene los fundamentos que evidencien la necesidad de cumplir con alguno de los propósitos de la impugnación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 ejusdem, esto es, 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.

Además, en la formulación del único cargo, el demandante no se ciñe a las reglas que rigen el mecanismo extraordinario, en tanto desatiende los parámetros lógicos, argumentativos y de postulación, atinentes al motivo de casación invocado y, por ende, no demostró los desafueros que denuncia.

3. La causal primera de casación exige, para su viabilidad, la plena aceptación de la forma como el sentenciador declaró los hechos y valoró las pruebas, de manera que en el sustento argumentativo se promueva un debate estrictamente jurídico, de puro derecho, por una de estas razones:

- i) Falta de aplicación o exclusión evidente, que ocurre cuando el juez no da aplicación a la norma que regula el caso concreto, porque la ignora o la desconoce.
- ii) Aplicación indebida, que tiene lugar cuando los supuestos que contempla el precepto no coinciden con la situación fáctica procesalmente reconocida.

iii) Interpretación errónea, que se presenta cuando el funcionario judicial acierta en la selección de la disposición, pero le da un alcance que no tiene.

3.1. El jurista acusa la violación directa, por interpretación errónea, del artículo 29-2 de la Carta Política, que, según dice, condujo a la aplicación indebida del canon 37 del Código Penal y a la falta de aplicación de los preceptos 36 y 38 de la misma normativa, pero en el desarrollo de la propuesta, no concreta el desatino de hermenéutica que denuncia, sino que encamina su ejercicio intelectual a justificar la necesidad de dar aplicación a la *lex tertia* frente al instituto de la prisión domiciliaria, que le fue negada a su representada.

Así las cosas, la interpretación errónea que anuncia no deriva del alcance inexacto del precepto constitucional que consagra el principio de favorabilidad, porque se sustrae de explicar cuál fue el sentido jurídico que indebidamente le asignó el Tribunal, o los efectos jurídicos contrarios a su contenido.

Necesario es recordar que la consagración del recurso de casación en el ordenamiento patrio, obedece a la necesidad de efectuar un control legal y constitucional a la sentencia de segunda instancia, cuando quiera que denote un agravio sustancial con clara incidencia en la declaración de justicia allí contenida. En otras palabras, si no se enseña el yerro judicial acusado, el recurso pierde su razón de ser, para convertirse en otra instancia regular, porque desatiende el postulado de trascendencia que rige la impugnación extraordinaria en cuanto implica la demostración lógico-jurídica de alguna de las causales de casación, cuya demostración no admite la presentación de posturas disímiles a las asumidas por los juzgadores.

3.2. En tal orden de ideas, el supuesto yerro de interpretación que el censor hace recaer frente al principio de favorabilidad y la consiguiente aplicación indebida del canon 37 del Código Penal y falta de aplicación de los preceptos 36 y 38 ejusdem,

le imponía demostrar que la decisión de no conceder la prisión domiciliaria a su defendida, realmente obedeció a una falla de intelección, por parte del fallador, frente a la sucesión de leyes que regulan el instituto.

Nada de ello se avizora en el libelo, pues lo único que cuestiona al Tribunal es la negativa de conceder el sustituto de la prisión domiciliaria por vía de aplicación de la *lex tertia*, y, bajo el entendido que ese fallador no refutó el sustento argumentativo del recurso de apelación, trae a esta sede las mismas apreciaciones, encaminadas a plantear la necesidad de adoptar aquella figura, la cual ha sido aceptada en ciertos casos, y, por esa vía, obtener de la Corte, un criterio de autoridad, distinto al que rige en la actualidad.

3.3. En efecto, esta Corporación, ha admitido la combinación de leyes, pero aclarando que «ello opera en circunstancias muy particulares, también desarrolladas ya por la jurisprudencia de la Sala (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».

Pero igualmente, se ha dicho, y ahora se reitera, que «tomar factores favorables de una y otra normatividades, para así construir el beneficio o subrogado, no solo implica una suplantación ilegal del legislador, sino que finalmente la combinación normativa desnaturaliza por completo la figura del beneficio, desdice de su finalidad y, no por último menos importante, termina por violentar el principio de igualdad» (CSJ SP, 12 mar. 2014, rad. 42623).

3.4. De manera pues, que ningún desacierto puede atribuirse al Ad quem por aplicar la vigente doctrina de la Corte, acá reproducida, para concluir que no acudiría a

la *lex tertia* en orden a resolver favorablemente la solicitud del defensor.

Por consiguiente, la negativa de conceder la prisión domiciliaria a María Catalina Martínez Escribano atiende cabalmente a las regulaciones normativas pertinentes, al señalar, de un lado, que no resulta favorable la aplicación de lo dispuesto en la Ley 1709, artículo 23, en cuanto prohíbe el sustituto cuando se trata de conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, como es el caso.

Y, de otro, que tampoco procede el mecanismo conforme al original artículo 38 del Código Penal, al exigir, como factor objetivo, que la sentencia se imponga por delitos cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos y el artículo 376, inciso 3º, supera ese monto, al consagrar una pena mínima de noventa y seis (96) meses u ocho (8) años de prisión.

4. Se concluye que el letrado se sustrajo de acreditar el error de hermenéutica jurídica que atribuye al sentenciador, por lo cual se impone la inadmisión del libelo, pues en virtud del principio de limitación, la Corte no puede aceptar causales distintas, ni examinar ninguna diferente a las alegadas, como tampoco está facultada para corregir, complementar o modificar los fundamentos argumentativos plasmados en la demanda.

5. Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Corte desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic.2005, rad. 24322 y precisadas en AP-3481-20146.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda formulada a nombre de María Catalina Martínez Escribano.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con el artículo 184, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 8 y 9 de la carpeta anexa.

2 Folios 45 y 46 lb.

3 Folios 10 a 13 lb.

4 Folios 131 a 143 lb.

5 Folios 18 a 26 Cuaderno del Tribunal.

6 Radicado 42597.