

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado ponente

AP4716-2018

Radicación N° 52811.

Acta 371.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Eder Camilo Tarquino Bohórquez, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de febrero de 2018, mediante el cual confirmó con modificaciones la sentencia emitida por el Juzgado 11 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, el 29 de septiembre de 2017, y lo condenó a quince (15) meses y veinticuatro (24) días de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como cómplice responsable de hurto calificado agravado, en grado de tentativa. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena intramural por prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

El 31 de enero del 2013, en horas de noche, en la calle 51 con carrera 18 A Sur, de la ciudad de Bogotá, Marlon Ernesto Zuluaga Ardila dejó parqueada su motocicleta de marca Yamaha, de color de color blanco, en vía pública.

A ese lugar se acercaron tres jóvenes, quienes, con la intención de llevársela, forzaron la motocicleta, logrando incluso, destruir el switch de encendido. En ese instante, Marlon Ernesto Zuluaga Ardila observó lo que estaba sucediendo, y de inmediato pidió a gritos ayuda, por lo que los implicados se dieron a la huida.

En el sector se encontraban patrullando agentes de la policía, quienes reaccionaron rápidamente y lograron la captura de estas tres personas, que resultaron ser José Luis Gómez Fonseca, Eder Camilo Tarquino Vargas y Yonathan Alexander Torres Parra.

2. Procesales

Previo solicitud¹ de la Fiscalía 195 Local de Bogotá, el 2 de febrero de 2013 se celebraron ante el Juzgado 64 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra José Luis Gómez Fonseca, Eder Camilo Tarquino Vargas y Yonathan Alexander Torres Parra, a quienes se les imputó el delito de hurto calificado agravado, en grado de tentativa, en calidad de coautores (artículos 239, 240 numerales 1º y 4º, 241 numeral 10º, 27 y 31 de la Ley 599 de 2000)², cargos que no fueron aceptados por ellos³.

La delegada de la Fiscalía no solicitó la imposición de medida de aseguramiento contra los imputados, quienes recuperaron su libertad.

El 16 de abril de 2013, el Fiscal Delegado presentó escrito de acusación⁴; que le correspondió al Juzgado 11 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, ante el cual se llevó a cabo la audiencia de formulación el 30 de julio de 2013, oportunidad en la

que acusó a José Luis Gómez Fonseca, Eder Camilo Tarquino Vargas y Yonathan Alexander Torres Parra, por el mismo delito que les fue imputado⁵.

La audiencia preparatoria se efectuó el 11 de septiembre de 2013. El 1 de febrero de 2016 el Juez de Conocimiento aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y el acusado Yonathan Alexander Torres Parra, por lo que se decretó la ruptura de la unidad procesal.

El 26 de julio de 2017, antes de que se diera inicio a la audiencia de Juicio Oral, el Juez de Conocimiento le concedió el uso de la palabra a la delegada de la Fiscalía, quien anunció⁶ que había llegado a un acuerdo con los acusados José Luis Gómez Fonseca y Eder Camilo Tarquino Bohórquez, consistente en que éstos aceptaban el cargo imputado; y que, en compensación, se degradaba su participación de coautores a cómplices.⁷

El convenio que fue aprobado por el Funcionario Judicial, quien, en la misma diligencia anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio⁸ y surtió el trámite establecido en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

La lectura de la sentencia⁹ se llevó a cabo el 29 de septiembre de 2017; por este medio se condenó a José Luis Gómez Fonseca y Eder Camilo Tarquino Bohórquez, en calidad de cómplices responsables de hurto calificado agravado, en grado de tentativa, a la pena principal de diecinueve (19) meses y veintitrés (23) días de prisión, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término; y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por lo que dispuso su captura.

Recurrida la decisión por los defensores de los implicados, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de febrero de 2018, confirmó el fallo confutado, pero modificó el numeral primero, en el sentido de condenar a José Luis Gómez Fonseca y Eder Camilo Tarquino Bohórquez, a una pena de quince (15) meses y veinticuatro (24) días

de prisión.

El apoderado de éste último interpuso¹⁰ y sustentó recurso extraordinario de casación, el cual ahora se analiza en su corrección argumentativa y debida fundamentación.

EL RECURSO

Luego de identificar a los sujetos procesales, la sentencia impugnada, los hechos juzgados y la actuación relevante, el recurrente desarrolla un único cargo con fundamento en el numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Asegura que los jueces de instancia incurrieron en «violación directa al no concederse la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o el beneficio de la Prisión

Domiciliaria¹¹», por falta de aplicación de los artículos 314, numeral 1º y 461 del C. P. P.

Indica que los falladores negaron a Eder camilo Tarquino Bohórquez la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por domiciliaria «Limitando la concesión de este beneficio a la valoración subjetiva del funcionario en lo que atañe a la modalidad delictiva, para de esta forma establecer que esta persona necesita tratamiento intramural, muy a pesar de haberse arrepentido ante la Administración de Justicia, la sociedad y la víctima, buscando oportunidad de resocializarse dentro de la misma comunidad o en el seno de su familia¹²».

Asevera que en un sistema garantista como el colombiano, en donde la restricción de la libertad es la excepción, resulta inexplicable que se limite «la concesión de estos beneficios a las posturas de los funcionarios en algunos delitos¹³».

Con tal convicción, solicita se case la sentencia impugnada y se conceda la prisión domiciliaria a Eder Camilo Tarquino Bohórquez.

Vencido el término para interponer el recurso extraordinario, el defensor de José Luis Gómez Fonseca – coprocesado- presentó un memorial¹⁴ mediante el cual manifestó que coadyuvaba el recurso interpuesto por el apoderado de Tarquino Bohórquez.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la Corte examina la demanda de casación interpuesta por el defensor de Eder Camilo Tarquino Bohórquez, con el objeto de determinar si es admisible o no, lo cual dependerá del cumplimiento de los requisitos consagrados en el citado estatuto para ello, que se refieren, básicamente, a la existencia de interés jurídico, al señalamiento de la causal elegida, al desarrollo de los cargos de sustentación y a la necesidad del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

Desde ya la Corte anticipa que el libelo será inadmitido, conforme lo prevé el segundo inciso del artículo 184 del C. Procedimiento Penal, porque el recurrente no cumplió con el deber de sustentar un cargo atendible en la sede extraordinaria de casación, como se pasa a explicar.

Cargo único: Violación directa de la ley sustancial

El libelista acusa la sentencia impugnada de violar directamente la ley sustancial, «al no concederse la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o el beneficio de la Prisión Domiciliaria¹⁵», por falta de aplicación de los artículos 314, numeral 1º y 461 del C. P. P.

Indica que los falladores le negaron a su defendido la prisión domiciliaria, luego de realizar una valoración subjetiva sobre la modalidad delictiva, sin tener en cuenta que el implicado se arrepintió «ante la Administración de Justicia, la sociedad y la víctima, buscando oportunidad de resocializarse dentro de la misma comunidad o en el seno de su familia¹⁶».

Advierte la Sala que las normas referidas por el libelista (artículos 314 numeral 1º y 461 de la Ley 906 de 2004), reglamentan la sustitución de la detención preventiva (medida de aseguramiento) y la sustitución de la ejecución de la pena (impuesta mediante sentencia en firme), respectivamente; institutos que, además de disímiles, no fueron analizados en las instancias, porque allí se resolvió fue sobre la prisión domiciliaria, regulada en el artículo 38 del Código Penal.

En aquél contexto, resulta pertinente traer a colación la decisión CSJ AP4276-2014, Rad. 38262, donde se expresó:

«Cabe denotar, no obstante que el demandante incurre en ostensible confusión en cuanto a los institutos de la detención domiciliaria, la prisión domiciliaria y la sustitución de la pena, los cuales, precisamente por poseer cada uno su propia naturaleza y alcance, se hallan regulados en distintas disposiciones de la ley penal y de procedimiento, conforme ha sido precisado por la Corte, incluso en la misma providencia mencionada por el recurrente (CSJ SP 19 oct. 2006, rad. 25724), en la cual se clarificó el tema.

Así, mientras la detención domiciliaria (arts. 307 y 314 del C.P.P.) tiene que ver con la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en el trámite de un proceso no terminado, con el fin de evitar la obstrucción del debido ejercicio de la justicia, impedir que el imputado se constituya en un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y garantizar al tiempo la comparecencia a juicio y eventualmente el cumplimiento de la sentencia; la prisión domiciliaria (art. 38 del C.P.), se relaciona con la sentencia que el juez de conocimiento adopta como culminación del juicio oral, en la cual decide, atendiendo el monto mínimo de la pena prevista para la conducta realizada y el cumplimiento de los demás presupuestos establecidos en la ley, que el condenado cumpla el tiempo de privación de la libertad en el lugar de residencia o morada, o en el sitio que él decida.

La sustitución de la ejecución de la pena (art. 461 del C. de P.P.), por su parte, consiste en

la determinación que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad puede adoptar, en el sentido de ordenarle al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena de un sentenciado, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva a que se alude en el artículo 314 del C.P.P., lo cual resulta viable conceder cuando el reo cuenta con más de 65 años y su personalidad, la gravedad y modalidades de la conducta aconsejan la aplicación de la medida; a la sentenciada que se halla en estado de embarazo y le faltan 2 meses o menos para el parto; cuando el condenado se encuentra en estado grave por enfermedad, <<previo dictamen de médicos oficiales>> y; finalmente, cuando con posterioridad a la sentencia, la condenada o el condenado adquieren la condición de madre o padre cabeza de familia, de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado»

De otro lado, la Corte, en la decisión CSJ SP, 12 sept. 2012, Rad. 32396 – reiterada en CSJ AP, 11 dic. 2013, Rad. 41300, CSJ AP4276-2014, Rad. 38262; CSJ SP, 19 oct. 2006, Rad. 25724 – expresó:

«5. Finalmente cuestiona el demandante que a su prohijado no se le haya reconocido, con violación de los artículos 461 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y de principios como el debido proceso, igualdad, dignidad y favorabilidad, el sustitutivo de prisión domiciliaria, más un tal reparo deviene igualmente infundado, no sólo porque el asunto no se ventiló en las instancias, en éstas se trató fue la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal, sino porque además la competencia para pronunciarse en relación con aquella norma en concordancia con el artículo 314 de la Ley 906 concierne al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo cual supone obviamente un fallo debidamente ejecutoriado».

Como se aprecia, las normas que, según el recurrente, no fueron aplicadas por el Tribunal, no reglamentan la prisión domiciliaria, instituto que fue analizado por los jueces de instancias al momento de proferir sus fallos.

Con esa claridad, se recuerda que para la época en que ocurrieron los hechos – 31 de enero de 2013-, el artículo 38 del Código Penal preveía que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia siempre:

«(...)

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: (...).

La Ley 1142 de 2007 – artículo 32-, restringió esa posibilidad cuando la persona hubiese sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, lo que no se verifica en esta ocasión; y, la Ley 1453 de 2011 – artículo 28-, introdujo una lista de injustos respecto de los que no era viable tal sustituto, entre los cuales no se incluía el hurto calificado.

Ahora bien, la Ley 1709 de 2014 modificó el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, e incorporó ese reato en ese listado, sin embargo, esa norma no estaba vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, y, además, resultaría desfavorable al procesado, por lo cual no es viable su aplicación.

El A-quo negó la prisión domiciliaria, con base en los siguientes argumentos:

«En este caso, tenemos que es un comportamiento que genera peligro en la colectividad, es de aquellos que no pasa desapercibido y merece todo el reproche penal y social, dado que

genera un alto grado de zozobra en la comunidad, en la medida en que se trató del hurto de un bien rodante de alto valor patrimonial, que se genera frente a una víctima que en muchos de los casos, acuden a préstamos para efectos de obtener ese medio de transporte, incluso en muchos de los eventos, se trata del instrumento de trabajo, de allí que la misma modalidad de la conducta como se llevó a cabo con los instrumentos idóneos para la perfección del ilícito, lleven a que la sanción esté compelida a cumplirse en centro penitenciario, para que la disciplina y el trabajo que se les imponga, lleven a una verdadera reinserción en el medio social y a asumir las consecuencias de sus actos, que sin duda generan una alta alarma social, razón por la cual, no procede en este caso la sustitución de la pena de prisión intramural por la prisión domiciliaria¹⁷»

Y, estas fueron las razones expuestas por el Ad-quem:

«En ese sentido, resulta evidente que el señor TARQUINO BOHÓRQUEZ, al haber sido condenado por hechos ocurridos con posterioridad a los aquí investigados, ha demostrado un desempeño social inadecuado, que implica un ataque constante a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, razón por la que, en su caso, no es posible la concesión del beneficio.

(...)

El análisis del desempeño social implica, necesariamente, una valoración sobre los efectos de la modalidad de la conducta que, como se ve, atentan de forma directa contra la comunidad; no solo por la lesión en el patrimonio de quien es seleccionado como sujeto pasivo, sino porque los efectos de este tipo de comportamientos trascienden al resto del conglomerado, el que ve truncadas sus actividades diarias ante la inseguridad materializada en los actos por los que se reprocha al procesado.

La consecuencia de ese tipo de delitos hace necesario que el Estado, en el ejercicio de la administración de justicia, los sancione de forma eficiente y, en consideración a los fines de

prevención general y especial, les dé un tratamiento penitenciario adecuado, que implique actividades encaminadas a la resocialización del infractor y la tranquilidad en la comunidad, no solo por la extracción temporal de la sociedad de quien atenta contra el bien jurídico, sino por la certeza de que tales conductas, que afectan de forma directa a gran parte de la comunidad, son atendidas de forma adecuada.

Así, el desempeño personal y social de los encartados no permite a esta Corporación, según lo expuesto, autorizar que la pena se cumpla en la residencia y, en consecuencia, se confirmará la decisión de instancia, sobre el particular».

Como se ve, los jueces de instancia aplicaron las normas que regulan el instituto de la prisión domiciliaria (artículo 38 del Código Penal), por lo que no incurrieron en el yerro demandado – violación directa de la ley sustancial-, que presupone una contradicción inmediata entre ésta y la premisa normativa de la decisión adoptada en la sentencia, la cual puede ocurrir por una de las siguientes situaciones: (i) la falta de aplicación del precepto que regula el caso; (ii) la indebida aplicación de uno que ninguna pertinencia tenía con el supuesto fáctico juzgado; o (iii) interpretación errónea de la norma que sí resultaba pertinente.

Lo que pretende el casacionista, es que la Corte Suprema de Justicia resuelva su solicitud favorablemente, luego de sugerir la aplicación de normas que no regulan el instituto solicitado; postulación que es del todo impertinente, porque ningún juez de la República puede soslayar el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, nada en el cargo comprueba el distanciamiento entre la lectura de las instancias y la hermenéutica apropiada de las normas llamadas a regular el caso. La inconformidad del demandante, en realidad, está relacionada con la manera en que los falladores examinaron los aspectos subjetivos contemplados en la norma que regula el caso, de cara a la situación personal del acusado; ejercicio de valoración sobre aspectos

debidamente comprobados en el juicio oral, que, de suyo, descarta la supuesta incursión en violación directa de la ley sustancial.

En este sentido, ninguna posibilidad de controversia adecuada puede plantearse a partir de acudir a criterios genéricos o de principalística punitiva, ajenos a los tópicos puntuales verificados por los sentenciadores, para tratar de hacer ver, sin nada que lo soporte, una especie de dispensa que cabe aplicar al acusado.

Dado que los argumentos no consultan de manera directa los razonamientos concretos que obligaron la no concesión del beneficio de atemperación del rigor intramural, evidente su observa su impertinencia, o mejor, la nula capacidad que poseen para controvertir o derrumbar la decisión objeto de cuestionamiento.

En consecuencia, como se había anunciado, la demanda de casación se inadmitirá, porque no se sustentó un reparo atendible en sede del recurso extraordinario, que desvirtúe la doble presunción de acierto y legalidad que le asiste al fallo.

De otra parte, no se observa la presencia de alguna de las hipótesis que le permitirían a la Corte superar los defectos del libelo para decidir de fondo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte en reiteradas decisiones (CSJ, SP, 12 de dic de 2005, rad. 24322; CSJ, SP, 28 de sep 2011, rad. 33181; CSJ, SP, 17 de oct 2012, rad. 34946, entre otras).

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

R E S U E L V E

Primero: INADMITIR la demanda de casación presentada a favor de Eder Camilo Tarquino Bohórquez.

Segundo: De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra esta providencia procede el mecanismo de insistencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. 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

1 A folios 1 y 2, carpeta del juzgado.

2 A record 1:00:28, audiencia del 2 de febrero de 2013.

3 A partir del record 1:22:40, audiencia del 2 de febrero de 2013.

- 4 A folios 14 a 19, carpeta del juzgado.
- 5 A partir del record 06:46, audiencia del 30 de julio de 2013.
- 6 A record 05:30, audiencia del 26 de julio de 2017.
- 7 A partir del record 10:06, audiencia del 26 de julio de 2017.
- 8 A record 21:52, audiencia del 26 de julio de 2017.
- 9 A folios 213 a 222, carpeta del juzgado.
- 10 A folio 40, carpeta del Tribunal.
- 11 A folio 51, carpeta del Tribunal.
- 12 A folio 51, carpeta del Tribunal.
- 13 A folios 51 y 51, carpeta del Tribunal.
- 14 A folios 44 a 48, carpeta del Tribunal.
- 15 A folio 51, carpeta del Tribunal.
- 16 A folio 51, carpeta del Tribunal.
- 17 A folios 214 y 215, carpeta del juzgado.