

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP5699-2015

Radicación N° 44174

Aprobado Acta N° 350

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).

Decide la Sala acerca de la admisión de la demanda de casación presentada en nombre de JEFFERSON BIOMARVY CANO SAAVEDRA contra el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga que confirmó el emitido en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, mediante el cual fue condenado como autor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. En Girón (Santander), el 21 de noviembre de 2009, a eso de las 11:30 a.m., en un sector del barrio La Isla conocido por ser un lugar en el que se concentran personas dedicadas al comercio y consumo de sustancias alucinógenas, miembros de la Policía Nacional que patrullaban vieron a un individuo que estaba con otros dos en

actitud de entregarles algo (con un brazo extendido) y al detectar la presencia de los uniformados intentó huir, razón por la que fue perseguido e interceptado por éstos, quienes al registrarlo encontraron que en su mano derecha llevaba asidas trece (13) papeletas de una sustancia, la cual al ser sometida a prueba de identificación preliminar arrojó un peso neto de seis coma cinco (6,5) gramos y positivo para cocaína y sus derivados. El aludido personaje, tras su aprehensión, fue identificado como JEFFERSON BIOMARVY CANO SAAVEDRA¹.

2. El 22 de noviembre de 2009 ante un juez con función de control de garantías, la Fiscalía General de la Nación legalizó la captura del citado y le formuló imputación tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, según el artículo 376, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, cargo al que no se allanó CANO SAAVEDRA, y por el cual el 18 de diciembre siguiente dicho organismo presentó escrito de acusación que formalizó el 1 de marzo de 2010 ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga².

3. Tras varios aplazamientos para adelantar la audiencia preparatoria y el juicio oral, una vez concluido este último, el 30 de abril de 2014 el titular del despacho de conocimiento profirió sentencia condenatoria contra CANO SAAVEDRA como autor penalmente responsable de la conducta punible atribuida en la acusación, y en tal virtud le impuso las penas principales de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y multa equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la privativa de la libertad, y le negó los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la sanción y prisión domiciliaria como sustitutivos de la pena intramural³.

4. De la expresada providencia apeló el defensor del procesado y el 21 de mayo de 2014 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bucaramanga resolvió la alzada en el sentido confirmar integralmente la decisión confutada, sentencia de segunda instancia contra la cual interpuso y sustentó en tiempo el recurso de casación la misma parte4.

II. LA DEMANDA

5. El recurrente propone dos cargos que se resumen así:

5.1. Como primera censura, con sustento en el artículo 181, numeral 1, de la Ley 906 de 2004, asegura la violación directa de la ley sustancial debido a que las instancias le negaron a su representado el subrogado de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, en razón de la errónea interpretación que hicieron del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, modificado por el 32 de la Ley 1709 de 2014.

Sostiene que la norma citada, aun cuando establece en su primer inciso una restricción para conceder el aludido beneficio, en el segundo introduce una excepción según la cual el mismo es viable respecto de las conductas punibles que allí aparecen señaladas, a condición de que el procesado con anterioridad a la respectiva decisión de condena no registre antecedentes, alcance que según el actor se desprende de la expresión “Tampoco quienes hayan sido condenados...” utilizada por el legislador y que corresponde, asegura, a “tiempo pasado”.

5.2. Bajo el epígrafe “SEGUNDO CARGO” insta a la Sala a un “pronunciamiento de OFICIO” acerca de la eventual prescripción de la acción penal, fenómeno que en su criterio operó “un día después del fallo confirmatorio del Tribunal”, pues asegura que como “...los hechos ocurrieron el 21 de mayo de 2009 y se le hizo la imputación [al procesado] el 22 de mayo de 2009...”, entre esta última fecha y el “22 de mayo de 2014” transcurrieron cuatro (4) años y seis (6) meses, tiempo necesario para que, atendida la pena máxima (9 años) prevista para el delito, de conformidad con los artículos 292 de la Ley 906 de 2004 y 83 de la Ley 599 de 2000 feneciera la potestad

punitiva del Estado.

Concluye con la solicitud en el sentido de que “sino no es de recibo este cargo de la prescripción, ya que esta no se había dado antes del fallo y conocimiento del Tribunal”, se acepte el primer reproche y se case la sentencia con sujeción al mismo.

III. CONSIDERACIONES

6. Según lo establece el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal que gobernó este asunto, el recurso de casación es un mecanismo de control tanto constitucional (artículo 235-1) como legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia y que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 del mismo ordenamiento, tiene como propósitos (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías fundamentales, (iii) la reparación de los agravios inferidos y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

Para el cumplimiento de esos objetivos en el mencionado régimen procesal se dotó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de facultades sustanciales al conferirle, entre otras, la potestad de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo cuando los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso, e índole de la discusión lo ameriten.

Lo anterior no implica, sin embargo, que este mecanismo sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor y que tenga como finalidad abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de puntos que han sido materia de controversia, pues, por el contrario, dada su naturaleza extraordinaria, quien acude al mismo debe ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, atinentes a la observancia de coherencia, precisión y claridad en el desarrollo de cada uno de los reparos efectuados (por vicios in procedendo o in iudicando), y desarrollarlos conforme a las causales de procedencia previstas en

el artículo 181 del ordenamiento procesal, en aras de persuadir a esta Corporación de revisar el fallo de segunda instancia con el fin de corregir el pronunciamiento que se denuncia como contrario a derecho.

La Sala encuentra que el libelo analizado debe ser rechazado por manifiesta carencia de fundamento de las pretensiones del censor.

7. En efecto, se destaca en primer lugar la artificiosa presentación de la solicitud de prescripción de la acción penal, pues la misma es incoada bajo el subtítulo de “SEGUNDO CARGO”, lo cual hace suponer que se pretendía enrostrar a los juzgadores el desconocimiento de la configuración de ese fenómeno, cuya senda de postulación es la causal segunda de casación (Ley 906 de 2004, artículo 181-2), esto es la nulidad de la actuación, con sujeción a las exigencias de la causal primera (ídem, artículo 181-1), específicamente por falta de aplicación de los precepto que reglamentan la extinción de la potestad punitiva del Estado por el transcurso del tiempo.

Sin embargo, un ejercicio argumentativo semejante no es siquiera insinuado por el actor, quien en el respectivo acápite invita a la Corte a que de oficio declare la prescripción, pero con apoyo en la errada comprensión del demandante acerca de la forma como esta implementada en la sistemática de la Ley 906 de 2004 aquella figura.

Debe entonces la Sala aclararle al censor que los hechos constitutivos del delito materia de debate no ocurrieron el “21 de mayo de 2009” ni la respectiva imputación al día siguiente, esto es, el “22 de mayo de 2009”, como de manera equivocada lo afirma en el respectivo acápite.

Según lo plasmaron las instancias en sus sentencias y lo corroboró de manera objetiva la Corte al revisar los registros escritos y de audio de la actuación (con base en los cuales hizo la reseña fáctica y procesal), la captura del aquí

enjuiciado en posesión de la sustancia alucinógena se presentó el 21 de noviembre de 2009, y la audiencia de formulación de imputación ante el funcionario competente se concretó el 22 de noviembre de 2009.

Ahora bien, de acuerdo con el inciso primero del artículo 292 de la Ley 906 de 2004 la “prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación”. Tal norma aplicada al presente asunto implica, sencillamente, que el término general para la configuración de ese fenómeno fijado en el inciso primero del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, dejó de correr en el momento en que se verificó el acto procesal al que alude el primer precepto, y que por lo tanto entre la consumación del delito que se atribuyó al procesado y la fecha de la imputación transcurrió apenas un día, lapso que obviamente no da pábulos a la pretensión que abriga el memorialista.

El mismo artículo 292 de la Ley 906 de 2004, prevé en su inciso segundo que una vez producida la “interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal”, sin que en tal caso ese lapso pueda ser inferior a tres años.

De suerte que si al aquí implicado se le atribuyó el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes descrito en el artículo 376 de la Ley Penal Sustantiva, con el marco punitivo establecido en el inciso segundo de esa norma, modificado por la Ley 890 de 2004, artículo 14, es decir, prisión de sesenta y cuatro (64) meses a nueve (9) años, la mitad de este último guarismo es el plazo que necesariamente debía cumplirse a partir del momento siguiente a la audiencia de imputación y hasta antes de que se dictara la sentencia de segunda instancia, pues la emisión de esta, por expreso mandato legal (Ley 906 de 2004, artículo 189), suspende de nuevo el término prescriptivo al que alude el inciso segundo del artículo 292 de la Codificación Procesal Adjetiva.

En consecuencia, como el fallo de segundo grado fue emitido el 21 de mayo de

2014, es palmario que a partir del día siguiente a la audiencia de imputación (celebrada el 22 de noviembre de 2009) hasta la referida fecha⁵ transcurrieron cuatro (4) años, cinco (5) meses y veintinueve (29) días, tiempo inferior al exigido en la ley para la extinción de la acción penal por prescripción.

Por lo anterior la solicitud de declarar de “oficio” la prescripción de la acción penal elevada por el demandante deviene carente de elemental sustento y será negada.

8. En cuanto hace al “PRIMER CARGO”, el libelista postula en esa réplica la violación directa de la ley sustancial debido a la “interpretación errónea” del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, que determinó la negación de la prisión domiciliaria como substitutiva de la intramural.

8.1. La causal primera de casación, vía seleccionada por el demandante (Ley 906 de 2004, artículo 181, numeral 1º) en efecto consagra la violación directa de la ley por exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de contenido sustancial.

En sede de ese motivo de casación son inadmisibles las controversias acerca de los hechos y las reglas de producción y valoración probatoria, dado que la discusión debe ser de estricto orden jurídico para acreditar:

- i) La falta de aplicación o exclusión evidente, lo cual suele presentarse, por regla general, cuando el funcionario yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la considera en el caso específico que la reclama. Ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta, debido a que comete un error acerca de su existencia o validez en el tiempo o el espacio.
- ii) La aplicación indebida, vicio que consiste en una desatinada selección del precepto.

El error se manifiesta por la falsa adecuación de los hechos probados en relación con los supuestos condicionantes de éste, es decir, los sucesos reconocidos en el proceso no coinciden con la respectiva hipótesis normativa.

iii) O, por último, la interpretación errónea, caso en el cual el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al suceso en cuestión, y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.

Aquí es pertinente aclarar que en el proceso intelectual que adelanta el juez al analizar las normas que empleará para solucionar la controversia, es posible que por una equivocada hermenéutica termine por seleccionar y aplicar una que no corresponde, o por excluir la que en efecto está llamada a regular el caso, pero en tales eventos el vicio que se materializa no es “interpretación errónea”, sino el que finalmente comete al pronunciar el fallo, esto es, aplicación indebida o falta de aplicación del respectivo precepto.

8.2. En la queja analizada, sin embargo, el actor no desarrolló ejercicio para acreditar la configuración de uno cualquiera de los señalados vicios respecto de las normas que definen y condicionan el subrogado de la prisión domiciliaria.

Las instancias concluyeron que tanto la legislación originalmente vigente al tiempo de los hechos, como la en vigor al momento de emitir sentencia, en cuanto a la reglamentación del aludido sustituto penal, sin hacer una exégesis de los requisitos pertinentes, sino atendiendo al tenor literal de los preceptos, impedía el reconocimiento de ese sustituto penal.

En efecto, para el 21 de noviembre de 2009, el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, únicamente permitía su concesión cuando el delito porque se emitiera condena tuviese prevista una pena de prisión mínima no superior a cinco (5) años

—o sesenta (60) meses—, y como ya se indicó la conducta punible atribuida al acusado está reprimida con sanción mínima privativa de la libertad de sesenta y cuatro (64) meses.

A su turno, en el momento en que se profirieron las sentencias de primero y segundo grado (30 de abril y 21 de mayo de 2014), los requisitos para acceder al comentado beneficio eran —y son aún— los previstos en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 con el que se introdujo al Código Penal el artículo 38 B, precepto según el cual la prisión domiciliaria puede otorgarse respecto de conductas punibles por las que se emita condena, siempre que la pena mínima legal prevista sea igual o menor a ocho (8) años de prisión y que, entre otras exigencias, no “se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000”, entre los cuales ciertamente figuran los “relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”.

Por lo tanto es incontrovertible que conforme al texto expreso de la ley, en una u otra reglamentación, el subrogado de la prisión domiciliaria está vedado para el aquí condenado.

8.3. El censor reconoce que no cabe hablar aquí, con relación al aludido beneficio, de una combinación favorable de leyes, tal y como lo resaltaron las instancias con apoyo en jurisprudencia de la Sala6, pero al contrario de lo precisado por los juzgadores, entiende que el artículo 68 A, inciso segundo, del Código Penal, sí permite su concesión frente al delito por el que fue enjuiciado el acusado, como quiera que antes de la presente condena no registra otras por conductas punibles de igual o distinta estirpe.

Tal intelección de la norma se apuntala exclusivamente en la muy particular exégesis del memorialista, y para advertir la manifiesta carencia de fundamento de la misma basta

con señalar que el artículo 38 B del Código Penal, adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014, en su numeral 2º expresamente excluye tal subrogado penal para los delitos enlistados o señalados en el inciso segundo del artículo 68 A de la misma codificación.

Ahora bien, atendiendo al origen de esta última norma, resalta la Sala que aquella fue adicionada por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, cuyo sentido original fue el de proscribir la concesión de beneficios y subrogados penales (entre ellos el de la prisión domiciliaria) a todo aquél que hubiese sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores a la conducta punible por la que estuviese siendo juzgado. Es decir que la reincidencia fue el criterio objetivo que tuvo en cuenta el legislador para establecer esa prohibición, y desde tal perspectiva la norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 30 de abril de 2008.

Con posterioridad el legislador, con base en su facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social, estimó que la anterior prohibición no era suficiente, e incluyó determinadas conductas punibles frente a las cuales a pesar de que el sujeto activo no tuviera antecedentes penales, respecto de estas tampoco resultaría procedente alguno de los beneficios o subrogados en cuestión, y con esa finalidad fueron expedidas las sucedáneas modificaciones hechas al comentado precepto mediante los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y, finalmente, 32 de la Ley 1709 de 2014, comportamientos entre los que se halla, como lo indicaron las instancias, el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Además, no sobra señalar que la interpretación por la que aboga el actor, consistente en que cuando se trate de una primera condena por alguno de los delitos

enlistados o señalados en el inciso segundo del artículo 68 A del Código Penal, procederían los subrogados siempre y cuando el procesado no registre antecedentes, fue objeto de estudio por la Sala y expresamente descartada en las decisiones AP. 17 jun 2015, rad. 46031, y SP11235, 26 ago. 2015, rad. 45927, a cuyas consideraciones se remite la Corporación pues no observa motivo para su revisión o un cambio de postura.

9. En conclusión, como de acuerdo con las anteriores consideraciones en la demanda estudiada no se demostró el actor la configuración de vicios con la capacidad de enervar la declaración de justicia hecha en las sentencias de primera y segunda instancia, las cuales al coincidir en el mismo sentido forman una unidad jurídica inescindible que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la doble presunción de legalidad y acierto que la cobija, se impone la inadmisión del libelo de acuerdo con el artículo 184 inciso 2° de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior sin perjuicio de señalar que la Sala no advierte situación alguna que legalmente la habilite para superar los defectos del libelo con el fin de decidir de fondo, ni observa violación alguna de las garantías fundamentales del procesado JEFFERSON BIOMARVY CANO SAAVEDRA con ocasión del procedimiento cumplido o en el fallo impugnado, como para que sea necesario el ejercicio de la facultad oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322).

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

1. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de JEFFERSON BIOMARVY CANO SAAVEDRA, contra la sentencia que en segunda instancia confirmó la condena emitida en su contra como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.
2. NO ACCEDER a la solicitud de declarar la prescripción de la acción penal elevada por actor en el "CARGO SEGUNDO" de acuerdo con lo puntualizado en la parte motiva.
3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, es facultad del recurrente elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

PRESIDENTE

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 Hechos extractados de los fallos de primero y segundo grado.
- 2 Carpeta principal, folio 2, 3-5,16 y 17.
- 3 Ídem, folios 19, 26-28, 34, 37, 48, 64, 80-82, 85, 89, 101-105, 107, 109-122, 131-136, 142 y 147-167.
- 4 Ídem, folios 183, 190-195 y 196-208.
- 5 Código de Régimen Político y Municipal, artículos 60 y 61.
- 6 CSJ. AP801-2014. 26 feb. 2014, rad. 43184.