

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP5283-2019

Radicación n° 56367

(Aprobado Acta n° 322)

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Con el fin de verificar si reúne los requisitos formales que condicionan su admisión, bajo la ritualidad de la Ley 906 de 2004, la Sala examina la demanda de casación presentada por el defensor de LUIS ALFONSO y LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA en contra del fallo aprobado el 21 de mayo de 2019, leído en audiencia el 31 de los mismos mes y año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la sentencia anticipada emitida el 6 de noviembre de 2018 por el Juzgado 28 Penal del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

LUIS ALFONSO, LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA y JAMES FELIPE AGAMEZ BERMÚDEZ, conformaron una organización delincuencia que operaba bajo la empresa legalmente constituida OUTSOURCING INVERSIONES Y SERVICIOS DE LA COSTA S.A.S., con sede en la ciudad de Barraquilla, a través de la cual ofrecían en venta a bajo costo inmuebles y

vehículos embargados por autoridades judiciales.

Las víctimas que aspiraban adquirir alguno de los bienes ofrecidos con engaños, depositaban sus dineros, sin obtener el bien ofrecido, por lo que procedieron a reclamar la devolución de las sumas entregadas, recibiendo a cambio llamadas intimidantes.

Bajo esta modalidad, LUIS ALFONSO, LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA y JAMES FELIPE AGAMEZ BERMÚDEZ, quienes desempeñaban diferentes roles dentro de la estructura organizacional, captaron más de mil seiscientos millones de pesos (1.600.000.000) procedentes de 57 víctimas identificadas.

2. Procesales

Con fundamento en estos hechos la fiscalía solicitó órdenes de captura en contra de LUIS ALFONSO, LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA y JAMES FELIPE AGAMEZ BERMÚDEZ, las cuales se materializaron y legalizaron en el Juzgado 2° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla. Durante los días 8, 12 y 13 de diciembre de 2016 se adelantaron ante el mismo despacho judicial las audiencias de legalización de procedimiento de registro y allanamiento, y formulación de imputación en la que la fiscalía les dedujo los cargos de la siguiente manera: a LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA como autora de los delitos de concierto para delinquir (art. 340 inc. 3° del C.P.) en concurso con estafa agravada en la modalidad de delito masa (art. 246, 247 num. 4, art. 267 y 31 del C.P.); a LUIS ALFONSO AGAMEZ TABORDA en calidad de autor de los delitos de concierto para delinquir (art. 340 inc. 1° del C.P.), en concurso con estafa agravada en la modalidad de delito masa (art. 246, 247 num. 4, art. 267 y 31 del C.P.), y a JAMES FELIPE AGAMEZ BERMÚDEZ en calidad de autor del delito de concierto para delinquir (art. 340 inc. 1° del C.P.) en concurso con estafa agravada -partícipe- en la modalidad de delito masa (art. 246, 247 num. 4, art. 267 y 31 del C.P.) Cargos que fueron aceptados por los imputados.

Por solicitud de la fiscalía, el mismo despacho les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de domicilio.

La fiscalía presentó el escrito de acusación con allanamiento (17 de marzo de 2017), respetando las situaciones fácticas y jurídicas comunicadas en la audiencia de imputación y los términos de la aceptación de cargos.

El conocimiento le correspondió al Jue 40 Penal del Circuito de Bogotá, quien manifestó su impedimento para conocer el asunto, tras cuyo trámite fue reasignado al Juzgado 28 de la misma especialidad, que en audiencia realizada el 8 de agosto de 2018 verificó el allanamiento, anunciando, en consecuencia, el sentido condenatorio del fallo.

Seguidamente corrió los traslados dispuestos en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, audiencia dentro de la cual la fiscal solicitó negar a los procesados los subrogados penales por ausencia de los requisitos legales, mientras que el apoderado de las víctimas pidió tener en cuenta que estos no han indemnizado a las víctimas, razón por la cual, consideró que no merecen una rebaja de pena equivalente al 50% de la prevista en los tipos penales.

Por su parte, el defensor de LUIS ALFONSO y LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA solicitó la prisión domiciliaria, por considerar que las penas previstas en la ley no superan los ocho años de prisión. Adicionalmente, allegó una declaración extrajuicio rendida por la progenitora de LUZ AMPARO, en la que afirma que la procesada es separada del padre de su hijo (menor de edad), razón por la cual, el niño depende exclusivamente de ella.

El 6 de noviembre de 2018 el mismo juzgado condenó a LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA a 89 meses y 12 días de prisión, a LUIS ALFONSO AGAMEZ TABORDA a 82 meses y 6 días de prisión, les impuso multa de 218.4 smmlv y como pena accesorio la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Les negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural. A JAMES FELIPE AGAMEZ BERMÚDEZ le impuso 42 meses de

prisión, multa de 98.4 smmlv, y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Penas resultantes de aplicar a las que les correspondería, una rebaja del 40% por el allanamiento a los cargos en la audiencia de imputación.

El defensor de los hermanos AGAMEZ TABORDA interpuso el recurso de apelación en cuya sustentación solicitó al tribunal revocar el numeral 4° 'del auto' impugnado, para en su lugar conceder a sus representados el subrogado de la prisión domiciliaria, adjuntando, en sustento de su pretensión, una declaración extrajuicio, fotocopia de tres registros civiles y las cartillas disciplinarias expedidas por el INPEC.

Por su parte, el abogado de las víctimas solicitó la imposición de las penas previstas para cada delito, sin la rebaja otorgada por la aceptación de los cargos.

El 21 de mayo de 2019, una Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bogotá confirmó la sentencia apelada. Inconforme con lo decidido, el defensor de los procesados LUIS ALFONSO y LUZ AMPARO interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El demandante postula un cargo único al amparo de la causal primera de casación 'cuerpo segundo del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal', indicando que el tribunal incurrió en la 'violación indirecta de la ley sustancial', por 'aplicación indebida de los artículos 38, 38B, 68A de la Ley 600 de 2000', y en lo que respecta a LUZ AMPARO GÓMEZ TABORDA, la ley 750 de 2002 y el artículo 314, num. 5° de la Ley 906 de 2004.

Desarrolla el cargo aludiendo a la concurrencia de errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia por omisión, pues, al momento de valorar los medios de prueba 'se tergiversó, distorsionó, cercenó o adicionó los contenidos adjetivos de pruebas diversas, al extremo de hacerlas producir efectos que no se derivan de su verdadero contexto'.

Luego de transcribir los apartes del fallo de segundo grado, en los que el tribunal respondió su pretensión sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, concluye que los errores en los que incurrieron las instancias son trascendentes y evidencian la interpretación errónea de las normas y el desconocimiento de la estructura del debido proceso, reiterando 'la violación directa de la ley.'

Solicita la concesión de la prisión domiciliaria a sus representados, toda vez que 'de manera objetiva admite su procedencia'.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la admisión de la demanda de casación supone la debida presentación, correspondiendo al censor la obligación de consignar tanto las causales invocadas, como sus fundamentos. Ello implica acreditar la afectación de derechos fundamentales y justificar la necesidad del fallo de casación, de cara al cumplimiento de alguno de sus fines (efectividad del derecho material, respeto de las garantías de los intervinientes, reparación de los agravios inferidos a éstos y unificación de la jurisprudencia).

En el mismo sentido, dispone el inciso 2 de la norma mencionada, que el libelo se inadmitirá cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. También, si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Tales exigencias derivan de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, enraizada en la presunción de acierto y legalidad inherente al fallo de segunda instancia. A partir de esta presunción, se asigna al censor la carga de acreditar que con la sentencia se causó un agravio, apoyándose para ello en las causales taxativamente consagradas en la ley.

Además, en conexión con la exigencia de acreditación de la afectación de derechos

fundamentales, la idoneidad sustancial de la demanda significa que sus cargos no sólo han de estar debidamente sustentados desde la perspectiva formal. Los reproches deben ser fundados, esto es, tener aptitud para propiciar la invalidación total o parcial de la sentencia, en el entendido que, de no haberse materializado el yerro, otra habría sido la decisión, o mostrarse idóneos para convocar a la Corte a asumir una postura jurisprudencial unificada alrededor del tema debatido, en cuanto logren evidenciar la violación de una norma sustancial o una garantía procesal.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 181-1, la casación procede por falta de aplicación, aplicación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

Esta causal en la que el recurrente inscribe el único cargo, conlleva la carga de precisar si el reparo obedece a: i) la 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) la aplicación indebida, que tiene lugar cuando los supuestos que contempla el precepto no coinciden con la situación fáctica procesalmente reconocida o iii) la interpretación errónea, que se presenta cuando el funcionario judicial acierta en la selección de la disposición, pero le da un alcance que no tiene.

Si la demanda incumple con las aludidas exigencias formales para estudiarla de fondo o se establece de entrada su falta total de idoneidad, de cara a los fines inherentes a la casación, la decisión debe ser la inadmisión.

Oportuno resulta precisar, que la sentencia recurrida se profirió anticipadamente, como consecuencia del allanamiento a cargos, razón por la cual el interés jurídico para recurrir se restringe exclusivamente a aspectos relacionados con el monto de la sanción, la vulneración de garantías fundamentales y los mecanismos sustitutivos de la pena intramural, exigencia que se cumple en el caso examinado, pues la discusión propuesta en la impugnación

extraordinaria, gira en torno a la no concesión de la prisión domiciliaria a favor de los acusados, dada su condición de madre y padre cabezas de familia.

Así, la única reclamación del accionante se circunscribe a la negativa del tribunal a conceder a los procesados la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión, en soporte de la cual emprende una oposición fáctica, inconclusa y generalizada dirigida a rechazar la decisión, desviando la censura hacia un tema que no fue objeto de pronunciamiento en el fallo, cual es la prisión domiciliaria por la condición de madre y padre cabezas de familia que, dice, ostentan LUIS ALFONSO y LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA.

En efecto, no tiene en cuenta el censor que el fallo recurrido no realizó consideración alguna en torno a los presupuestos para la aplicación de la prisión domiciliaria bajo las circunstancias especiales establecidas en la Ley 750 de 2002 para las madres y padres cabeza de familia, por cuanto no fue propuesto por el defensor en la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, por ende, tampoco fue objeto de pronunciamiento en primera instancia.

Así lo precisó el ad quem:

37. en el trámite de primera instancia, la defensa se centró en demostrar los requisitos para la sustitución de la prisión domiciliaria del artículo 38 B del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, antes que aludir a las exigencias de la Ley 750 de 2002 (cabeza de familia), con excepción una referencia tangencial contenida en una declaración extrajuicio ofrecida por la progenitora de la implicada de LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA, donde afirma que ella ostenta tal calidad frente a su[s] menor[es] hijo[s], de los cuales allegó los registros civiles de nacimiento.

38. En tales condiciones, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá no tiene competencia para emitir un pronunciamiento sobre ese específico tema, incluido en la agenda de la apelación, el cual, no obstante, no fue sometido a consideración de la Juez de

Conocimiento, quien, por ello, no se ocupó de ese tópico en la sentencia de primera instancia.

(...)

40. En otras palabras, no es factible, desde la perspectiva lógica impugnar, atacar, combatir, confrontar, refutar ni contradecir, en sede de apelación, aspectos que el A quo no resolvió, porque no debía hacerlo, ya que ni siquiera fueron puestos en su conocimiento.

De manera que la afirmación del impugnante, según la cual, el tribunal negó erradamente la prisión domiciliaria a sus representados, pese a su condición de madre y padre cabezas de familia, no corresponde a la realidad procesal en la que, por ausencia de petición, no se estudió la viabilidad de tal figura sustitutiva de la prisión intramural, situación a la que expresamente aludió el fallo de segundo grado:

(i) En ningún momento procesal, en primera instancia, la defensa pidió a la Jueza analizar la viabilidad de la prisión domiciliaria en consideración a la calidad de cabeza de familia de los implicados LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA y LUIS ALFONSO AGAMEZ TABORDA; (ii) por ello, dicha funcionaria no analizó aquel instituto jurídico, sino el de prisión domiciliaria común, para la generalidad de los casos, establecida en los artículos 38 y 38 B del Código Penal; (iii) así las cosas, el defensor carece de legitimidad para introducir esa materia en los motivos de la apelación; y (iv) por ende, la competencia del tribunal Superior no se habilita para decidir la petición elevada por primera vez ante esta Corporación

De otra parte, si la Sala entendiera que el cuestionamiento del recurrente se dirige a la negativa del tribunal a conceder a LUIS ALFONSO Y LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 38 B de la Ley 906 de 2004, la demanda tampoco reúne los requisitos para su admisión, pues aunque enuncia la violación directa de los artículos 38, 38B y 68A de 'la Ley 600 de 2000', ningún cuestionamiento presenta en estricto derecho sobre los argumentos

del fallador a partir de los cuales negó a sus representados la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión en establecimiento carcelario.

De manera confusa el censor alude a la causal primera de casación, cuerpo segundo, pese a que el presente trámite se rigió por la Ley 906 de 2004, que en el artículo 181 un. 1° únicamente establece la violación directa de la ley.

Con todo, el recurrente no demuestra que el fallo quebranta los artículos 38, 38B y 68A del Código Penal, bien sea porque los excluyó, siendo los llamados a regular el caso, o porque se aplicaron indebidamente, o porque habiéndose aplicado el tribunal se equivocó en el ejercicio de interpretación jurídica otorgándoles un alcance que no tienen, el censor limita su argumentación a reiterar que sus representados tienen derecho a beneficiarse con la prisión domiciliaria por la 'calidad de madre y padre cabeza de familia'.

En síntesis, no demuestra el censor la existencia de algún error propio de la causal primera de casación, ni la Sala advierte la estructuración de yerro alguno que deba ser corregido en esta sede.

Y aunque también enuncia indeterminados errores de hecho propios de la violación indirecta de la ley (falso juicio de identidad y de existencia), no precisa las pruebas sobre las cuales recayeron los yerros del fallador, ni informa que el único medio probatorio aducido por la defensa se contrae a una declaración juramentada rendida por la señora madre de LUZ AMPARO AGAMEZ TABORDA, en la que da cuenta de que ésta la sostiene económicamente a ella, a su hijo de cuatro años de edad y a una sobrina de 16 años.

Y como si tal inexactitud no resultara suficiente para descartar los supuestos errores, el censor una vez más falta a la corrección material, puesto que la sustitución de la pena de prisión por la domiciliaria fue negada por el juzgador ante el incumplimiento del requisito objetivo previsto en el numeral 1° del citado artículo 38 B, más no por el desconocimiento de los medios probatorios allegados para acreditar el arraigo social y familiar de los

condenados:

7.2. De la prisión domiciliaria.

Frente a este beneficio-derecho se tiene que el delito de Estafa agravada en la modalidad de delito masa, previsto en los Arts. 246, 247-4, 267 y parágrafo del Art. 31 del C.P., prevé pena mínima superior a los ocho (8) años de prisión, contexto dentro del cual fácil resulta concluir que no hay lugar a la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, razón por la cual no se hará el análisis de los elementos allegados por el señor defensor dentro del traslado de que trata el Art. 447 del C.P.P., por no haberse cumplido con el factor objetivo.¹

En síntesis, la demanda estudiada no cumple las exigencias mínimas de forma y contenido requeridas para su estudio de fondo, por lo que será inadmitida, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se advierte la vulneración de alguna garantía fundamental que amerite el ejercicio de las facultades oficiosas de la Corte y la lleve a pronunciarse en camino a su protección.

De conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra el presente auto procede el mecanismo especial de insistencia, dentro de los términos y parámetros desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ AP, 5 Sep. 2012, Rad. 36578; 27 Feb 2013, Rad. 37948, entre otros).

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

RESUELVE

1.- Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de LUZ AMPARO y LUIS ALFONSO AGAMEZ TABORDA.

2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia, según lo indicado en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fol. 36 del fallo de primera instancia.