HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

AP2717-2023

Radicación Nº 63529

Acta No. 151

Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala acerca de la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensa técnica de RIGOBERTO ROMERO CLAVIJO, contra la sentencia aprobada el 01 de febrero de 2023 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Gachetá – Cundinamarca, a través del cual condenó a su representado como autor penalmente responsable del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, en virtud de preacuerdo realizado entre las partes.

HECHOS

El 27 de julio de 2021, siendo aproximadamente las 16:50 horas, agentes de la Policía Nacional adscritos a la Estación de Junín – Cundinamarca, en desarrollo de labores de registro y control adelantadas en la vereda San Roque, sector “El Ramal” de la mencionada municipalidad, capturaron a RIGOBERTO ROMERO CLAVIJO, quien se desplazaba como pasajero de un vehículo de servicio público y llevaba consigo al interior de una bolsa

plástica, arma de fuego tipo pistola, marca V. BERNARDELLI, calibre 22, No. 52566, al igual que cuatro (4) cartuchos del mismo calibre, sin contar con el respectivo permiso para su porte o tenencia.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Por los anteriores hechos, la Fiscalía General de la Nación, el 28 de julio de 2021, ante el Juez Promiscuo Municipal de Control de Garantías de Junín – Cundinamarca, formuló en contra de RIGOBERTO ROMERO CLAVIJO imputación, en calidad de autor, por el delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, tipificado en el artículo 365 del Código Penal, cargo que el implicado no aceptó.1

2. Radicado el escrito de acusación (30/09/2021),2 el conocimiento de la actuación correspondió al Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Gachetá-Cundinamarca.

El 18 de febrero de 2022 el delegado de la Fiscalía presentó acta de preacuerdo suscrito con el acusado y su defensor.3 Consistió la negociación pactada, en la aceptación de culpabilidad en el cargo imputado por parte de ROMERO CLAVIJO, a cambio de la pena correspondiente para el cómplice, pactando en consecuencia como sanción principal, 54 meses de prisión.

3. En audiencia de verificación de preacuerdo llevada a cabo el 01 de junio de 2022, el Juzgado de Conocimiento impartió aprobación al preacuerdo.4

4. Adelantado el trámite de ley, el 28 de septiembre se emitió fallo de primera instancia,5 a través del cual se condenó a RIGOBERTO ROMERO CLAVIJO a la pena de prisión preacordada, «en calidad de AUTOR, aplicando la pena establecida para la complicidad de acuerdo a lo pre acordado, de la conducta punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, AACESORIOS, PARTES O MUNICIONES».

Además de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo de la pena privativa de la libertad, se impuso en contra del sentenciado la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego, por el término de 6 meses, siguiendo para su tasación, tanto lo dispuesto por el artículo 51, inciso 6 del Código Penal, como también, los parámetros preacordados para la pena de prisión.

5. Impugnada la anterior determinación por el defensor del acusado, el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante providencia de 01 de febrero de 2023, la confirmó en su integridad.6

6. Dentro de los términos legales, el apoderado de ROMERO CLAVIJO interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó el correspondiente libelo.

LA DEMANDA

1. Primer cargo

El censor amparado en la causal 3ª del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, formuló un primer cargo por «violación indirecta de la ley sustancial, derivada del desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba».

Al desarrollar la censura, adujo la «aplicación indebida del artículo 38 del Código Penal».

Seguidamente, al tratar en el acápite titulado «Demostración de la Violación Indirecta», hizo referencia a la «necesaria indicación de algunos de los hechos consagrados en las dos instancias, pues de los mismos refulge el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, error que brota como atrás se advierte, partiendo de la aceptación de los supuesto fácticos en la forma como se declararon probados en dicha sentencia, como es, el llevar consigo un arma de uso personal y la consiguiente negación de la prisión domiciliaria, argumentando los operadores de instancia, que ese derecho

constitucional de los connacionales, se convertiría en un doble beneficio».

En este orden y sin más consideración, finalizó su argumentación, citando un aparte del fallo de segundo grado, relativo los motivos expuestos para negar la prisión domiciliaria.

2. Segundo cargo.

Acudiendo a la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante acusa la sentencia de segundo grado de violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 38 y 38B del Código Penal.

Señala, que de acuerdo con jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 46101, «la aceptación de responsabilidad por parte del acusado por vía de allanamiento a cargos o de un preacuerdo celebrado con la fiscalía, (…) no sólo es vinculante para estos, sino también para el juez», resaltando que de acuerdo con la misma providencia, «cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previsto para el cómplice».

Para el apoderado judicial del procesado, como su representado aceptó cargos como cómplice del delito de porte de armas de fuego, la pena a tener en cuenta para conceder el beneficio punitivo, era la de aquella forma de participación, la cual resulta inferior a los 8 años que establece la norma. De tal forma, estima que los jueces de instancia realizaron una interpretación errónea de los artículos 38 y 38B del estatuto penal, al negar el mencionado beneficio.

Así las cosas, solicita casar la sentencia impugnada, para en su lugar conceder a RIGOBERTO ROMERO CLAVIJO la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De acuerdo con lo establecido por el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la demanda que, entre otros aspectos, no desarrolle los cargos de sustentación de manera clara y precisa o que de su contexto conduzca a advertir fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso establecidas en el artículo 180 ídem, no será seleccionada o admitida.

En este orden, la argumentación que sustenta la demanda no puede estar fundada en vaguedades, en la simple discrepancia de criterios o la invitación a la Sala para que analice las pruebas como juez de instancia, pues la casación no está concebida para la prolongar la controversia que feneció con la emisión de una providencia amparada con la doble presunción de acierto y legalidad.7

2. Calificación de la demanda

2.1. Cargo por violación indirecta de la ley sustancial

La causal tercera de casación, descrita en la ley como el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba (artículo 181 numeral 3 Código de Procedimiento Penal de 2004), hace referencia estrictamente a un yerro en la ponderación probatoria.

Ésta, puede invocarse o bien por un error de derecho o de hecho. El primero (error de derecho), consiste en el desconocimiento de los preceptos que tarifan la ponderación judicial de las pruebas (falso juicio de convicción) o de las reglas establecidas en la ley para su producción e incorporación (falso juicio de legalidad). En tanto el segundo (error de hecho), que tiene relación con la apreciación material de la prueba, comprende tres alternativas: el falso juicio de existencia por omisión o suposición del elemento probatorio; el falso juicio de identidad por cercenamiento, adición o tergiversación; o el falso raciocinio por

apreciar la prueba con quebranto a los principios de la lógica, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia.

Tratándose de un error de derecho o uno de hecho, corresponde al recurrente concretar a cuál acude; y una vez determinado éste, igualmente, identificar la categoría o sentido de violación al cual se dirige: falso juicio de convicción o falso juicio de legalidad (cuando ha invocado aquél de derecho); o bien falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio (cuando ha invocado aquél de hecho).

En cualquiera de los casos, del mismo modo, se exige al demandante, entre otros aspectos, precisar la prueba o pruebas sobre las que recae el defecto denunciado y demostrar su incidencia en la solución del caso

Trasladados los anteriores presupuestos –generales– al caso de la especie, es evidente que el aquí recurrente incumplió con la carga que se le impone, contraviniendo toda técnica propia del recurso extraordinario.

Se abstuvo en primer lugar, de identificar el yerro demandando, si se trataba entre aquellos enmarcados dentro del error de derecho o de hecho, prescindiendo incluso, más allá de esta última, precisar si su censura por el «manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba» lo era por alguna de las modalidades existentes, ya fuera falso juicio de convicción, legalidad, de existencia por omisión o suposición del elemento probatorio, de identidad por cercenamiento, adición o tergiversación; o en últimas, por un falso raciocinio.

Mucho menos, dejó entrever el cumplimiento de los presupuestos para acreditar la configuración de cualquiera de los anteriores.

La imprecisión y falta de claridad en la argumentación, derivan en la inadmisión del cargo.

2.2. Segundo cargo – violación directa de la ley por falta de aplicación

El censor, al amparo del numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, planteó la violación directa a la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículo 38 y 38B del Código Penal.

Dicho defecto opera cuando el juzgador ignora la existencia del precepto normativo y/o, por lo mismo, no lo aplica, también denominado exclusión evidente.

Su invocación, impone al demandante la carga de, entre otros aspectos,

i. Identificar la norma excluida

ii. Explicar el por qué es ésta la norma a aplicar

iii. Probar la incidencia del yerro en el fallo y

iv. Especificar de qué manera la aplicación de la norma beneficia a la parte representada

Trasladados los anteriores presupuestos al caso bajo estudio, encuentra la Sala diversas inconsistencia en la lógica de argumentación del cargo, así:

En primer lugar y en esencia, infringió el recurrente con el principio de corrección material que gobierna la demanda de casación, en virtud del cual el censor debe ser fiel a la actuación procesal, estándole vedado hacer referencias equívocas o exponer una situación procesal ajena a la ocurrida.

Ello por cuanto revisado el fallo objeto de impugnación, para el estudio de la procedencia del sustituto penal, en efecto y contrario a lo alegado por el impugnante, el Tribunal tuvo en cuenta y/o aplicó el artículo 38B del Código Penal, al igual que lo hizo el juez de primer

grado. En tal virtud así lo expuso el ad-quem en un aparte de la sentencia:

«Como en este caso, por virtud de la negociación ninguna variación sufrió la calificación jurídica imputada al aquí procesado, al punto que la sentencia dictada en su contra recoge en toda su extensión la modalidad de intervención aceptada -autoría-, pero con los efectos punitivos de la complicidad, está muy claro para la Sala que el a quo acertó en su decisión de negar la prisión domiciliaria, habida cuenta que la pena mínima prevista para el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego es de nueve (9) años de prisión, monto que supera el límite a que alude el numeral 1o del artículo 38B del C.P., el cual exige "Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos", requisito que evidentemente no cumple el aquí procesado para hacerse merecedor de la prisión domiciliaria».

Situación distinta, es que la defensa de ROMERO CLAVIJO hubiese estado en desacuerdo con el entendimiento que del texto de la norma realizaron los jueces de instancia, caso en el cual la senda de ataque no podría ser otra que la interpretación errónea, como modalidad o sentido de la violación directa contenida en la causal primera del artículo 181 de la ley procesal, la cual se invoca cuando la norma seleccionada por los funcionarios si bien es la adecuada al caso, no se le da el alcance que tiene o lo restringen.

De cualquier forma, concluye la Corte, la crítica formulada por el defensor no logra motivar la atención de la Sala para aprehender el estudio de legalidad de la sentencia, al inadvertirse que se requiera de una decisión de fondo para cumplir con la teleología del recurso extraordinario.

En efecto, el juez colegiado de segundo grado, negó la prisión domiciliaria, al verificar el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 38B del Código Penal, destacando que el primero de aquellos presupuestos relacionado con el factor objetivo, no se satisfacía, al prever la norma para el autor del punible de tráfico, fabricación, porte o tenencia de

armas de fuego, por el cual había sido condenado el acusado, una sanción mínima de 9 años, quantum a todas luces superior a los 8 años establecidos por la norma como límite para acceder al sustituto.

Al respecto, la jurisprudencia vigente de la Sala ha sido enfática,8 señalando que el presupuesto de índole objetivo para la concesión del aludido instituto y tratándose de preacuerdos, es que el delito por el cual se imponga condena prevea una pena mínima igual o inferior a ocho años de prisión, entendido aquél como aquella conducta punible cometida y aceptada, y no, aquél modificado en su calificación jurídica en virtud del preacuerdo.

En este contexto, la Sala ha clarificado que, si bien las partes pueden utilizar como herramienta de negociación una calificación jurídica diversa a la que legalmente correspondiente, ello ha de verse reflejado, en estricto sentido, en la imposición de la sanción penal, donde se concreta el beneficio, pero no en la declaratoria de responsabilidad penal, tal como ocurrió en el presente asunto.9

En suma, es descartable la falta de aplicación de la referida norma. La prisión domiciliaria no dejó de ser concedida por una inobservancia normativa (falta de aplicación), sino debido a un juicio negativo de subsunción en la hipótesis prevista en el artículo 38B-1 del estatuto penal sustantivo (norma aplicada). Conforme a este último precepto, el requisito objetivo consiste en que el mínimo de la pena legalmente prevista para el delito por el cual se dicta sentencia sea igual o inferior a 8 años, no con base en la pena del delito cuya variación de la calificación jurídica se acordó a efectos de alcanzar la terminación anticipada del proceso.

En consonancia con lo hasta aquí expuesto, como se anotó, la pretensión del censor no amerita ser estudiada de fondo en casación, por cuanto en manera alguna conduciría a modificar lo decidido en las instancias.

Lo hasta aquí expuesto conlleva en consecuencia, a inadmitir la demanda incoada, de

acuerdo con lo reglado por el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

3. Para terminar, debe precisar la Sala, que del estudio del proceso, no se vislumbra de otra parte, violación a derechos fundamentales o garantías de los intervinientes, que ameriten ser protegidas oficiosamente y que conduzcan a superar los defectos de la demanda, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Contra esta decisión procede únicamente el mecanismo de insistencia establecido en el inciso 2º del artículo 184 citado.

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

RESUELVE:

Primero: Inadmitir la demanda de casación presentada por la defensa de RIGOBERTO ROMERO CLAVIJO.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. págs. 29 a 31, expediente digital, archivo: Primera Instancia_Cuaderno Control de Garantas_Cuaderno_2023122209745.pdf.

2 Cfr. págs. 2 a 5, expediente digital, archivo: Primera Instancia_Cuaderno Principal 1_Cuaderno_2023122147175.pdf.

3 Cfr. págs. 14 a 17, expediente digital, archivo: Primera Instancia_Cuaderno Principal 1_Cuaderno_2023122147175.pdf.

4 Cfr. págs. 27 a 29, expediente digital, archivo: Primera Instancia_Cuaderno Principal 1_Cuaderno_2023122147175.pdf.

5 Cfr. págs. 51 a 67, expediente digital, archivo: Primera Instancia_Cuaderno Principal 1_Cuaderno_2023122147175.pdf.

6 Cfr. págs. 13 a 21, expediente digital, archivo: Segunda Instancia_Cuaderno Principal 1_Cuaderno_2023122417666.pdf.

7 En este sentido, entre muchas, AP de 18 de agosto de 2010, Rad. 33559.

8 Entre muchas, CSJ, AP3211 de 18 de noviembre de 2020, Rad. 54087.

9 En este sentido, entre muchas, CSJ, SP2295-2020, rad. 50.659.