

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP3308-2016

Radicación N° 47963

(Aprobado acta N° 160)

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte examina el cumplimiento de las exigencias de orden lógico, jurídico y argumentativo de la demanda de casación presentada por el defensor de Julio César Becerra Hernández contra la sentencia del 18 de diciembre de 2015, en virtud de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la dictada el 23 de septiembre anterior por el Juzgado 26 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad y declaró penalmente responsable al acusado del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.

LA SITUACIÓN FÁCTICA

Así la relató el ad quem en el fallo que se discute:

Los hechos que dieron origen a la presente actuación tuvieron ocurrencia el ocho (8) de septiembre de dos mil once (2011), a la una y treinta de la madrugada, en el

establecimiento de comercio “El Paisa”, ubicado en la carrera 16 A No. 23 - 56 de esta ciudad, cuando uniformados de la Policía Nacional que patrullaban por el sector fueron alertados por un empleado del mencionado bar, debido a que Julio César Becerra Hernández se negaba a cancelar las bebidas que había consumido, por lo que se realizó registro personal y se halló en la pretina del pantalón una pistola marca HS2000, calibre 9×9 milímetros con un proveedor contentivo de cinco (5) cartuchos.

Para acreditar su tenencia Becerra Hernández exhibió el permiso para porte No. 1548388, con sus datos personales, el cual resultó falso.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Al día siguiente -9 de septiembre-, en el Juzgado 38 Penal Municipal con funciones de control de garantías de la capital del país, se llevó a cabo audiencia preliminar en la que se legalizó la captura de Julio César Becerra Hernández y se le imputó, por parte de la Fiscalía, la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, en concurso heterogéneo con la de falsedad material en documento público, agravada por el uso. Becerra Hernández aceptó cargos únicamente por el primer injusto, lo que condujo a decretar la ruptura de la unidad procesal. En seguida, la Juez le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario¹, la que luego fue sustituida por domiciliaria, según lo dispuso el Juzgado 23 Penal Municipal con funciones de control de garantías el 2 de diciembre posterior².

2. El allanamiento sirvió de base para que la Fiscalía 270 Seccional radicara escrito de acusación el 26 del mismo mes y año³.

3. Después de múltiples intentos -184- el 4 de junio de 2015, bajo la dirección del Juzgado 26 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, se surtió la audiencia de individualización de pena y sentencia⁵.

4. El 23 de septiembre posterior la Juez dictó fallo en el que condenó a Becerra Hernández a 94 meses de prisión e igual término de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁶.

5. El 18 de diciembre ulterior el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, al resolver la apelación propuesta por la defensa⁷, confirmó la determinación de primera instancia⁸.

LA DEMANDA

El abogado hace una síntesis de los hechos, la providencia impugnada y la actuación procesal y luego invoca las causales primera y segunda del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, indicando que iniciará sus críticas con apoyo en la última de ellas, toda vez que, de prosperar, habría lugar a declarar la nulidad del proceso⁹. Fundamenta así sus reproches:

CAUSAL SEGUNDA - Único cargo

Se trasgredieron los cánones 4 y 29 de la Carta Política; 6 -numeral 2- y 351 -inciso primero- de la Ley 906 de 2004, lo que conlleva nulidad «por violación a las garantías fundamentales que trata el Art. 457 de la Ley 906 de 2004»¹⁰. Se lesionó la estructura del debido proceso.

En relación con el beneficio por terminación anticipada del proceso, coexisten dos preceptos en el estatuto adjetivo de 2004: el 301 -parágrafo-, según fue modificado por el 57 de la Ley 1453 de 2011, y el 351. De manera que por virtud del principio de favorabilidad se ha debido inaplicar el primero, por contrariar la [Constitución Política](#), y hacer prevalecer el segundo, que contempla una disminución de la pena en el cincuenta por ciento.

La colegiatura no entendió su verdadera pretensión, esto es, que la discusión gira en punto de la favorabilidad entre disposiciones de un mismo código. Su propuesta es distinta al problema jurídico resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-645 de 2012, citada en el fallo que objeta, toda vez que el inciso primero del artículo 351 no hace distinción fáctica alguna para otorgar la rebaja de la mitad de la sanción, mientras que el párrafo del 301 sí, y eso resulta perjudicial para su defendido.

Por consiguiente, al preferir esta última disposición, el ad quem vulneró el debido proceso.

CAUSAL PRIMERA – Primer cargo

El Tribunal violó directamente la ley sustancial por interpretación errónea de «normas legales»¹¹. Infringió «el inciso 2° del Art.6 de la Ley 906 de 2004 y el inciso 1° del Art.351 de la Ley 906 de 2004»¹².

Reitera el argumento, según el cual, cohabitan dos normas relativas a la terminación anormal, lo que impone que, por favorabilidad, se excluya el párrafo del artículo 301 y se aplique el 351, en su inciso primero, para reconocer a su cliente la rebaja de la mitad de la pena.

Menciona, de nuevo, la pertinencia de acudir a la figura de la excepción de inconstitucionalidad porque «la rebaja de la pena por terminación anticipada del proceso resulta más amplia y generosa en beneficio del procesado y de esa manera se solicita a la Corte que se concrete en la decisión de fondo que resuelva los argumentos de casación»¹³.

CAUSAL PRIMERA – Segundo cargo

Se violó en forma directa el «Art.38G de la Ley 599 de 2000, adicionado por el Art.28 de

la Ley 1709 de 2014»¹⁴.

Al Tribunal se le planteó que para hacer más flexible el precepto 38B del Código Penal, que regula la prisión domiciliaria, era necesario excluir algunos apartes. Sin embargo, ello no impedía que para resolver el asunto «los magistrados examinaran otras alternativas bajo el principio de favorabilidad»¹⁵, como el artículo 38G, en donde no está enlistado el delito por el cual se procedió en esta oportunidad y, además, se adecua al caso porque su representado ha estado privado de la libertad por un tiempo superior a la mitad de la pena impuesta «reconociéndose de esta forma, el principio de favorabilidad que se reclama»¹⁶.

Solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, subsidiariamente, superar los defectos de la demanda, para resolver de fondo y garantizar los derechos de su prohijado.

Seguidamente, reclama que se anule la sentencia de segunda instancia para que, aplicando la excepción de inconstitucionalidad, se excluya el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011¹⁷ y se reconozca al acusado la rebaja de la mitad de la pena. Así mismo, se le otorgue la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal de 2004, la finalidad del recurso de casación es la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos y la unificación de la jurisprudencia.

No obstante, es indispensable que quien a él acuda posea interés, indique la causal que lo hace procedente y desarrolle, a través de un discurso lógico jurídico, el cargo propuesto, demostrando no solo su trascendencia en el caso concreto sino por qué se hace necesaria la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

Es que el libelo no puede consistir tan solo en un memorial simplista o en una intervención más dentro del proceso, por virtud del cual, de manera libre, desorganizada

y carente de técnica, se busque continuar con el debate propio de las instancias. Es forzoso que contenga una argumentación sólida, clara, lógica y coherente en la que, con fundamento en los motivos expresamente señalados por el legislador, se planteen los errores de juicio o de procedimiento en que pudo incurrir el fallador y se resalte su importancia en la determinación objetada, de modo que, de no haber recaído en ellos, el sentido sería totalmente diverso y benéfico al sujeto en favor de quien se actúa.

De no verificarse tales presupuestos, la demanda será inadmitida, salvo que la Corporación considere vital, por la posición del impugnante dentro del proceso o por la índole de la controversia planteada, superar los defectos para cumplir alguno de los fines de la casación.

2. En esta oportunidad es evidente la inobservancia de las exigencias mínimas necesarias para dar curso al libelo y la Sala no considera indispensable pronunciarse de fondo para alcanzar los propósitos del medio extraordinario. Obsérvese:

2.1. Lo que de entrada se advierte es que el jurista no esgrimió argumentos dirigidos a convencer a la Corte sobre su ineludible intervención. Olvidó indicar si lo buscado era lograr el respeto de garantías, el restablecimiento de algún derecho fundamental, la reparación de un agravio inferido a su cliente o la unificación de jurisprudencia.

Si quiso trasladar esa carga para el instante de exhibir los fundamentos de los reproches, es claro que no lo consiguió. La simple referencia a la violación del principio de favorabilidad o a la inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad resulta insuficiente por carecer de sustento jurídico y argumentativo.

2.2. Son tres las censuras formuladas por el letrado, una por vía de la causal segunda y dos al amparo de la tercera, no obstante, pasó por alto su obligación de señalar cuál era principal y cuáles subsidiarias. Si bien manifestó que iniciaría por la que implicaba

anulación, olvidó revelar la irregularidad cometida y el momento procesal desde el cual había lugar a recomponer lo actuado, lo que imposibilita entender su preponderancia.

2.3. En el reproche (único) propuesto por el cauce de la causal segunda, asegura el actor que se quebrantó la estructura del debido proceso y que ello impone declarar la nulidad.

Cando se cuestiona una sentencia por esta vía, es imperioso demostrar que, en efecto, se configuró una irregularidad en alguna de las actuaciones concatenadas, sucesivas y armónicas que componen el proceso penal, y que la misma es trascendente, de modo que si no se sana es totalmente inviable mantenerlo incólume.

Además de guardar silencio sobre la fracción procesal que debía ser cobijada con ese remedio extremo, en modo alguno enseñó el abogado en qué consistió la falla de estructura. Únicamente mostró desconcierto porque al acusado, pese al allanamiento a cargos, no se le hizo la rebaja de la mitad de la pena, como -dice- lo pregonan el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal.

Tal proceder deja claro su equívoco al momento de elegir el camino de censura. Nótese que, de hallarle la Corte la razón en ese punto de disenso, lo procedente no sería anular la providencia de segunda instancia, sino dictar en su reemplazo otra reconociendo al procesado una mengua punitiva mayor.

2.4. En el primer cargo que formula con apoyo en la causal primera, el impugnante endilga al Tribunal una violación directa de la ley sustancial, no obstante, desatendió los presupuestos exigidos para hacer esta clase de críticas.

En efecto, en estos eventos el casacionista tiene la obligación de precisar si a dicha infracción se arribó por (i) falta de aplicación, (ii) aplicación indebida, o (iii) interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o

legal llamada a regular el caso, lo que debe cumplir sin hacer reparo en torno a los hechos o a las pruebas, tal como fueron declarados y valoradas por el Tribunal, toda vez que la discusión gira en aspectos de pleno derecho.

La mera enunciación de la forma en que ocurrió el quebrantamiento resulta insuficiente para la correcta propuesta del cargo. El impugnante debe indicar cuál fue la disposición trasgredida, explicar cómo se violentó y la incidencia que ese equívoco tuvo en la determinación. Para ello ha de tener en cuenta que la falta de aplicación surge cuando el juzgador reconoce una situación de hecho pero no asigna la consecuencia en el derecho, de modo que deja de aplicar la norma que regula el caso concreto, ya sea porque la olvida, la desconoce, la tiene por derogada o inexecutable o simplemente no es de su recibo; la aplicación indebida, acaece cuando el juez se equivoca en el proceso de adecuación típica, esto es, entre varias disposiciones válidas escoge aquella que no corresponde al caso; y, la interpretación errónea implica un yerro hermenéutico del funcionario, porque le dio a la normativa un sentido que no tiene o le asignó efectos distintos o contrarios a su contenido. Como el contenido de una y otra es disímil, es abiertamente desacertado que respecto de un mismo precepto se predique, al tiempo, más de una modalidad de yerro.

Así las cosas, es claro el desatino del actor al amonestar al ad quem por una inadecuada interpretación, sin siquiera especificar el canon sobre el que recayó. También se equivoca cuando, más adelante, lo increpa por dejar de aplicar el párrafo del artículo 301 y emplear el primer inciso del 351, con lo cual pasa por alto que al momento de considerar el monto de la rebaja de pena, los juzgadores acudieron, no solo al contenido del primer canon, sino que para su aplicación se remitieron a las previsiones del segundo. Así las cosas, hicieron uso de ambas normativas, lo que hace evidente la falencia del abogado.

Su inconformidad, al igual que en el cargo anterior, reside en que los falladores

interpretaron armónicamente dos disposiciones llamadas a regular el caso, las que, si bien se ocupan del beneficio punitivo por el allanamiento a cargos, a diferencia de lo afirmado por el libelista, no chocan entre sí, sino que se complementan, por expresa disposición del legislador. Además, no desconocen el principio de igualdad, tal como lo afirmó la Corte Constitucional en CC C-645/12 cuando revisó la constitucionalidad del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, y lo declaró exequible en el entendido que «la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.»

Dijo el alto tribunal:

9.3. Como se indicó, la redacción del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, hace referencia únicamente a que en caso de flagrancia, “sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”, norma que consagra las modalidades de aceptación de cargos y preacuerdos o negociaciones durante la audiencia de formulación de la imputación.

La iniciativa del legislador, como quedo visto, se encaminó a luchar contra la criminalidad y eliminar la impunidad y, en particular, tratándose de la norma demanda, evitar que la persona sorprendida en flagrancia que acepta cargos o preacuerda con la Fiscalía obtenga el mismo beneficio que aquella que no lo es, pero decide colaborar con la administración de justicia.

Tal medida, prima facie, no desconoce el principio de igualdad al establecer esa limitación de los beneficios para las personas sorprendidas en flagrancia, porque como se ha

expresado profusamente, no es equiparable su colaboración para reducir el desgaste del Estado, frente a aquella persona que, voluntariamente adelanta la misma actuación, sin existir dicha flagrancia.

En consecuencia, según el legislador, acorde con la jurisprudencia reseñada, los beneficios punitivos no pueden ser equiparables entre el individuo sorprendido en flagrancia y aquel que no lo es, cuando hay allanamiento o aceptación de cargo y preacuerdos o negociaciones, toda vez que en el primer evento el eventual desgaste de la administración de justicia en principio resultaría siendo menor.

Igualmente, en principio, la norma objeto de censura atiende uno de los principios del derecho premial y la negociación propia de la Ley 906 de 2004, según la cual a mayor compromiso hacia la colaboración con la administración de justicia y la economía procesal, más significativa debe ser la respuesta premial que otorgue la legislación.

9.4. Con todo, el legislador omitió señalar qué ocurriría en los casos en que existiendo flagrancia, el imputado o acusado acepte los cargos formulados, o acuerde con la Fiscalía, en una etapa procesal más avanzada, como puede ser en la audiencia de formulación de acusación o en durante el juicio oral.

Esa circunstancia ha generado una serie de interpretaciones que desconocen el principio de igualdad, la seguridad jurídica y la filosofía inherente a las formas de terminación anticipada del proceso.

9.4.1. De un lado, hay voces que consideran que la reforma al artículo 301 de la Ley 906 de 2004, únicamente hace referencia al artículo 351 ibídem, por tanto, sólo es predicable a los allanamientos o preacuerdos que se celebran, cuando exista flagrancia, durante la audiencia de formulación de imputación:

Audiencia de imputación

Art. 351 (L. 906/04)

Rebaja original

hasta $\frac{1}{2}$ (50%)

Modelo de rebaja

hasta 12.5 % (1/4 de la mitad)

Audiencia preparatoria

Art. 356 numeral 5

(L. 906/04)

hasta $\frac{1}{3}$ (33.3%)

hasta $\frac{1}{3}$ (33.3%)

Audiencia juicio oral

Art. 367 (L. 906/04)

$\frac{1}{6}$ (16.6%)

$\frac{1}{6}$ (16.6%)

Esa interpretación no es razonable y viola los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como el de “progresividad”, propio de la filosofía de esas instituciones, pues permiten casos donde el interesado acuda a una forma anticipada de terminación del proceso posterior, para que no se aplique la limitación señalada en la norma, y así obtener

una rebaja punitiva mayor.

9.4.2. Igualmente, la falta de claridad de la norma ha permitido que, en ciertos eventos, se afirme que aunque la limitación impuesta por el legislador al modificar el artículo 301 ibídem tiene lugar en cualquier etapa procesal, en los casos de una aceptación de cargos o preacuerdo con la Fiscalía donde exista flagrancia, el beneficio siempre será de $\frac{1}{4}$ parte de la pena:

Audiencia de imputación

Art. 351 (L. 906/04)

Rebaja original

hasta $\frac{1}{2}$ (50%)

Modelo de rebaja

$\frac{1}{4}$ de la pena

Audiencia preparatoria

Art. 356 numeral 5

(L. 906/04)

hasta $\frac{1}{3}$ (33.3%)

$\frac{1}{4}$ de la pena

Audiencia juicio oral

Art. 367 (L. 906/04)

1/6 (16.6%)

1/4 de la pena

Un alcance de la norma en ese sentido afecta la autonomía e independencia de la administración de justicia, como quiera que impediría a la Fiscalía tener un margen razonable para negociar con el imputado o acusado, en caso de preacuerdos, y al juez ejercer la discrecionalidad que le es propia para fijar la pena en el caso de allanamiento a los cargos, en ambos casos, según el aporte benéfico que se brinde a la investigación, pese a la latente flagrancia.

9.5. Interpretaciones como las reseñadas desconocen principios como el de legalidad, igualdad y seguridad jurídica, sin embargo, no puede por ello predicarse la inexequibilidad del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, pues un fallo en ese sentido anularía la finalidad legítima del legislador de procurar una razonable distinción a los beneficios punitivos entre aquellas personas que son sorprendidas en flagrancia y quienes no lo son.

Ante el silencio que guardó el legislador, lo imperativo es acoger aquella interpretación que se ajusta a la Constitución, en aplicación del principio de conservación del derecho, de modo que se salvaguarde la finalidad procurada por el Congreso en el ejercicio de su actividad democrática.

(...)

La hermenéutica adecuada del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, en lo que respecta a la limitación de los beneficios punitivos en caso de allanamiento o aceptación de cargos y preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, cuando

exista flagrancia resulta aplicable no sólo cuando esa forma de terminación anticipada del proceso tenga lugar en (i) la audiencia de formulación de la imputación (hasta en 1/4 parte del beneficio, que allí es hasta la mitad de la pena individualizada, es decir, entre un día y el 12,5% de la pena a imponer); también en posteriores actuaciones como durante (ii) la audiencia de formulación de acusación (hasta en 1/4 parte del beneficio a otorgar que es hasta 1/3, esto es, entre un día y el 8.33% de la eventual pena) y (iii) en el juicio oral (1/4 parte de la 1/6 que allí se otorga, es decir, 4.16% de la pena respectiva).

Por consiguiente, la excepción de inconstitucionalidad, cuya aplicación reclama el demandante, carece de sustento, máxime cuando no manifestó cómo el párrafo del artículo 301 es abiertamente incompatible con otros cánones de la Carta Política o con normas jurídicas que integran el bloque de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales.

Vale la pena recordarle al jurista que conforme a la jurisprudencia de esta Sala, apoyada por la Corte Constitucional en el fallo aludido en precedencia, el párrafo del canon 301 del estatuto procesal penal de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011, no prevé una rebaja de pena autónoma de $\frac{1}{4}$ parte sobre la sanción a imponer, sino de $\frac{1}{4}$ del beneficio que, a su vez, se contempla en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal de 2004, esto es, $\frac{1}{4}$ parte de la mitad ($\frac{1}{2}$) de la pena. Así mismo, que esa disposición debe entenderse aplicable a todas las oportunidades en las que se sea viable allanarse a cargos o celebrar acuerdos con la Fiscalía.

En ese orden, importa traer a colación, una vez más, lo que esta Corporación sostuvo en CSJ SP, 11 jul. 2012, rad. 38285:

En efecto, dígase de manera imperativa que el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 lejos de alterar la sistemática reglada en el Código de Procedimiento Penal de 2004, lo que hizo fue

modular el monto de la rebaja de pena a que tenían derecho las personas capturadas en flagrancia y que se hubiesen allanado a cargos en la audiencia de imputación.

Es decir, esa reforma no desconoció los institutos de allanamiento a cargos y preacuerdos y negociaciones, los cuales se edifican sobre la base de que a mayor colaboración y mayor economía procesal, más significativa ha de ser la respuesta premial.

Así, se puede concluir que el legislador en el estudio y redacción de la norma, acató los presupuestos de razonabilidad y proporcionalidad del sistema acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004, en tanto no estableció procedimientos especiales ni modificó las bases del proceso penal.

(...)

Para prever ese tipo de situaciones en la aplicación de la justicia premial, la Sala en su fallo del 5 de septiembre de 2011, señaló que respetando el principio de progresividad de las rebajas por los institutos tantas veces mencionados, “los verdaderos sentido y alcance de la restricción de la $\frac{1}{4}$ parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos bien sea por allanamiento o preacuerdo con el fiscal” (página 42 de la sentencia).

En ese propósito, de acuerdo con la Ley 1453 de 2011 el esquema de rebajas por razón de dichos institutos, corresponde realizarse teniendo en cuenta la flagrancia, pero obviamente respetándose las reducciones de pena inicialmente consagradas para el allanamientos a cargos y preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, de las cuales el sujeto sólo tendrá derecho a una cuarta parte de las regladas, interpretación que se ajusta al mencionado principio de progresividad y consulta con el querer del legislador.

Así, como lo destacó la Procuradora Delegada, la disminución del beneficio punitivo en una cuarta parte consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe extenderse a todos los momentos o etapas procesales en que se autoriza allanarse a cargos y suscribir acuerdos entre las partes, respetando desde luego las rebajas de pena inicialmente previstas para cada momento.

Conforme con lo anterior, la persona que haya sido capturada en flagrancia tendrá derecho a las siguientes rebajas de penas progresivas según el momento en que se allane a los cargos formulados:

Rebajas punitivas por aceptación de cargos

Audiencia de formulación

Art. 351

Rebaja original

$\frac{1}{2}$ (50%)

Rebaja actual

12.5 % (1/4 de la mitad)

Audiencia preparatoria

Art.356 N.5

$\frac{1}{3}$ (33.3%)

8.33% (1/4 de la tercera parte)

Audiencia juicio oral

Art. 367

1/6 (16.6%)

4.16% (1/4 de la sexta parte)

En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia.

Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción.

Lo anterior pone en evidencia el ostensible equívoco del demandante y el correcto actuar de los jueces de instancia.

2.5. En el segundo reparo, por vía de la causal primera, el jurista atribuye al Tribunal una violación directa del artículo 38G del Código Penal, tal como fue adicionado por el 28 de la Ley 1709 de 2014.

Lo primero que al respecto debe decir la Sala es que se detecta falta de interés para plantear este punto en específico en sede extraordinaria, toda vez que no fue esbozado por la defensa en el recurso de apelación, lo que impidió al Tribunal pronunciarse.

Si bien en la alzada el mismo abogado que suscribe la demanda mostró desacuerdo con la negativa del a quo en conceder la prisión domiciliaria, el fundamento para tal reparo descansó en que a juicio del jurista debía crearse una *lex tertia*, en la que se suprimiera, del artículo 38B de estatuto sustantivo penal, algunos segmentos desfavorables al procesado y que impedían el otorgamiento de tal subrogado, empero ninguna mención hizo a la viabilidad de aplicar el precepto 38G.

Ahora, en criterio del actor, la colegiatura debió abordar su estudio oficioso, teniendo en cuenta que Becerra Hernández lleva privado de la libertad un tiempo superior a la mitad de la pena impuesta y, en ese orden, se reúnen los requisitos descritos en la norma referida para enviar a su representado a cumplir la pena en casa.

Sobre este tema conviene recordarle al demandante que el sistema procesal penal regido por la Ley 906 de 2004 es de partes, lo que impone a la defensa una labor activa, así como hacer explícitas sus pretensiones ante el juez en procura de lograr sacar adelante su postura.

La Corte no ignora que el juez de conocimiento es garante de derechos y que, en ciertos eventos, frente a una situación evidente, de factible verificación, deba proceder a reconocer medidas que sean menos lesivas al procesado o que afecten en menor proporción su libertad de locomoción, sin embargo, basta una simple mirada al canon 38G del estatuto sustantivo, conforme fue adicionado por la Ley 1709 de 2014, para confirmar que la posibilidad allí prevista para el condenado, de purgar la pena privativa de libertad en su residencia o morada, no tiene lugar solamente cuando éste haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Es preciso, también, que (i) no se trate de alguno de los injustos allí enlistados, (ii) el sentenciado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iii) se demuestre su arraigo familiar y social, y (iv) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B *ibídem*18.

Ni en la alzada, menos en el libelo casacional, el demandante acreditó el arraigo de su representado y el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éste en el acta de compromiso. Tales aspectos, por demás, no eran verificables de manera sencilla o simple –en segunda instancia y en casación no hay etapa probatoria-, pues, pese a que un juez de control de garantías de la capital del país le concedió a Becerra Hernández la detención en su lugar de domicilio (Bogotá), para lo cual firmó un acta de compromiso¹⁹, en la carpeta existen varias constancias del Instituto Penitenciario y Carcelario, INPEC, ECBOG, en las que se informa al juez de primer grado que el procesado «no cumple con la medida de detención impuesta»²⁰. Además, con posterioridad emerge que aquél fue capturado, de nuevo, el 18 de mayo de 2015 en la ciudad de Buga²¹.

Las precedentes consideraciones son suficientes para inadmitir el libelo y la Sala ha revisado íntegramente la actuación y no ha encontrado causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales, razón por la cual no puede penetrar al fondo del asunto oficiosamente.

3. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, y precisadas en AP3481-201422.

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Julio César Becerra Hernández contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de

2004, procede la insistencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 14 y 15 de la carpeta.

2 Folio 130 Id.

3 Folios 16 a 18 Id.

4 En su gran mayoría por inasistencia del procesado y de su defensor –el primero sin causa justificada y el segundo aportó constancias médicas y de asistencia a otras diligencias judiciales- (folios 71, 73, 87, 96, 98, 101, 103, 108, 110, 116, 124, 128, 132, 144, 146 y 149 Id.).

5 Folios 192 a 198 Id.

6 Folios 221 a 228 Id.

7 Exhibió inconformidad con la dosificación punitiva y la negativa de otorgar la prisión domiciliaria.

8 Folios 14 a 24 del cuaderno del tribunal.

9 Folio 37 Id.

10 Folio 38 Id.

11 Folio 45 Id.

12 Id.

13 Folio 49 Id.

14 Id.

15 Folio 50 Id.

16 Folio 51 Id.

17 Folio 56 Id.

18 Dice así el artículo 38G: «La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código.»

19 Folio 37 Id.

20 Folios 114, 142, 143, 151, 161 y 162 de la carpeta.

21 Folios 153 y 210.

22 Radicado 42597.