

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

AP6299-2015

Radicación n° 43982.

Aprobado acta No. 380.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015).

VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de Manuel Felipe Arana Suancha, contra la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que aclaró y confirmó la dictada por el Juzgado Trigésimo Noveno Penal del Circuito de esta ciudad, que le impuso la pena principal de 60 meses y 15 días de prisión; la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término; negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por haberlo declarado autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa.

ANTECEDENTES

Fueron relatados por el Tribunal Superior de Bogotá en el fallo de segundo grado, como

se transcribe a continuación:

El día 18 de septiembre de 2011 en la Avenida Caracas con Calle 58 en el establecimiento comercial de razón social "LA CASCADA", siendo las 6:00 A.M., aproximadamente, fue lesionado gravemente el señor ÓSCAR ANDRÉS MORENA (sic) LOZANO por parte de MANUEL FELIPE ARANA SUANCHA con un arma cortopunzante, ocasionándole serias lesiones en su cuerpo que le ameritaron una incapacidad médico legal de sesenta (60) días con secuelas médicas.

De conformidad con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por funcionarios de policía judicial, se tiene conocimiento que el día de los hechos, la víctima llegó al citado establecimiento alrededor de las 4:50 A.M., en compañía de su cuñado de nombre LUIS FERNANDO VILLARAGA (sic) MELO, encontrándose dentro del citado negocio con los señores CAMILO ACOSTA, CRISTIAN GÓNGORA y OMAR PINILLA.

Una vez se ubicaron en una mesa, la víctima se percató de la presencia del señor MANUEL FELIPE ARANA SUANCHA, quien se encontraba con varios amigos en otra mesa ubicada a unos 30 metros de la suya, persona a quien conocía de tiempo atrás en el Barrio Modelia, y con quien había tenido algún altercado en el pasado.

Entrada la noche la víctima decidió ir al baño junto con CAMILO ACOSTA, razón por la cual tuvieron que pasar junto al señor MANUEL FELIPE ARANA SUANCHA, quien le gritó "lo que le espera Camilo" cuando salió del baño, la víctima se dirigió a su mesa, ya que Camilo aún no salió (sic) del baño, cuando de repente fue sorprendido por el señor ARANA, quien de inmediato le hizo el primer lance con un arma blanca lesionándolo en un brazo, luego ÓSCAR ANDRÉS MORENA (sic) trató de huir pero el imputado le propinó dos (2) puñaladas en la espalda y al tratar de salir los amigos del imputado no lo dejaron

y fue cuando cayó al piso, momento que fue aprovechado por su agresor para propinarle una puñalada en el rostro que a la postre le generó la pérdida del ojo izquierdo, cuando la víctima se puso de pie le fueron propinadas otros (sic) dos (2) lesiones en el costado derecho del estómago y en la mano izquierda.

En ese momento fue auxiliado por su cuñado LUIS FERNANDO VILLARAGA (sic) quien lo sacó del establecimiento y lo trasladó en un taxi al hospital Simón Bolívar.

ACTUACIÓN PROCESAL

Previa solicitud presentada por un delegado de la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado 19 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, el 8 de octubre de 2012, ordenó la captura de Manuel Felipe Arana Suancha, la que se cumplió el 17 de noviembre del mismo año.

El 18 de noviembre de 2012), en el Juzgado 46 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, celebró la audiencia preliminar concentrada en curso de la cual fue legalizada la captura de Arana Suancha, a quien la Fiscalía le imputó el delito de homicidio simple en grado de tentativa y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

El imputado no aceptó los cargos. No obstante, el 27 de diciembre de 2012 celebró un preacuerdo con la Fiscalía, por medio del cual admitió la responsabilidad como autor del delito objeto de la imputación y a cambio se le concedió una rebaja del 45% de la pena.

Las diligencias se le asignaron al Juzgado Trigésimo Noveno Penal del Circuito de Bogotá, que llevó a cabo la audiencia verificación del preacuerdo, anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y le dio lectura al fallo, oportunidad en la que se concretó la sanción restrictiva de la libertad en 60 meses y 15 días de prisión.

La sentencia fue recurrida en apelación por el defensor, solicitando que le concediera a su asistido el sustituto de la prisión domiciliaria.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo apelado.

Contra la sentencia de segunda instancia el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Un cargo formula el censor al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial.

«CONSISTENTE EN UNA VIOLACIÓN DIRECTA A TRAVÉS DE UN ERROR DE DERECHO»

Denuncia el demandante que el error consiste en la exclusión de normas «TANTO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO DE LA CARTA, MÁS EXACTAMENTE DE LOS ARTÍCULOS PRIMERO, CUARTO Y 241, NUMERAL 9° DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA; de los artículos 1°, 4°, 6° y 13° del Código Penal, (Ley 599 de 2000) y los artículos 1°, 6° inciso 2°, 26 Y 27 del Código de Procedimiento Penal, (Ley 906 de 2004).»

En desarrollo del cargo, señala el defensor que para acceder al beneficio de la prisión domiciliaria, se debe tener en cuenta la pena impuesta en la sentencia y no la que se consagra en abstracto para el delito imputado.

Advierte haber solicitado del Tribunal que se pronunciara acerca de la excepción de inconstitucionalidad, sin que esa instancia hubiese resuelto tal pretensión.

Transcribe apartes de la sustentación del recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primer grado, en los que alude a la excepción de inconstitucionalidad,

haciendo referencia a la dignidad humana, la situación carcelaria del país, el hacinamiento en las prisiones, la imposibilidad de resocializarse y la declaración del estado de cosas inconstitucional que declaró la Corte Constitucional para ordenarles a otras autoridades que le pusieran fin a la deplorable situación carcelaria.

Agrega que al referirse a las condiciones individuales, familiares y sociales del procesado, en curso del traslado al que se refiere el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal en la respectiva audiencia ante el juez de conocimiento, pidió que se le diera aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, porque esa figura «...está condicionada a la existencia de una situación de incompatibilidad visible e indiscutible entre una norma Constitucional y una de inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter superior y fundante de todo el ordenamiento jurídico.»

Reprocha que la primera instancia no se hubiese pronunciado en relación con la excepción de inconstitucionalidad, para que el procesado pudiera «...seguir gozando del beneficio de condena domiciliaria, con lo cual estaba incurriendo en una violación directa de la ley por error de derecho al no aplicar los artículos (sic) 4° de la Carta y por esta vía desconociendo decisiones de la Corte Constitucional...»

Luego reproduce íntegramente el resumen que hizo el Tribunal Superior en la sentencia de segunda instancia de los argumentos del recurso de apelación, y se queja de que el Juez Colegiado no aludiera a la excepción de inconstitucionalidad, lo que en su sentir es constitutivo del desconocimiento de «...decisiones de la Honorable Corte Constitucional en una de sus atribuciones, como la contemplada en el numeral 9° del artículo 241 ibídem, así como los artículos 1°, (Dignidad Humana), 3°, (Principios de las sanciones penales), 4°, (Funciones de la pena), 6°-2, Favorabilidad) y 13, (Normas rectoras y fuerza normativa) del Código Penal, al igual que los artículos 1°, (Dignidad Humana), 6°-2, (Favorabilidad), 26, (Prevalencia de las normas rectoras y 27, (Moduladores de la actividad procesal).»

En un capítulo que denomina «DEMOSTRACIÓN DE LA VIOLACIÓN», insiste en que la situación de las cárceles en nuestro país atenta contra la dignidad humana.

Advierte que los funcionarios judiciales, por dejar de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, desconocieron el precedente jurisprudencial, situación que le permite afirmar que «se está conculcando a (sic) mediante una violación directa a través de un error de derecho por inaplicación, no solamente el artículo 4° de la Carta, conforme al cual “...En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales...”, sino el numeral 9° del artículo 241 ibídem, que tiene que ver con la Competencia de la Corte Constitucional, como quiera que esta Entidad debe “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionada (sic) con la acción de tutela”.»

A juicio del demandante, si las instancias se hubiesen pronunciado acerca de la excepción de inconstitucionalidad, seguramente le hubieran concedido a su asistido la prisión domiciliaria que –según afirma–, permite que se cumplan sin traumatismos la sanción penal y las funciones de la pena, a la vez que garantiza la resocialización del sentenciado.

Con fundamento en esas premisas, solicita de la Corte que case la sentencia impugnada, para que le conceda al sentenciado el beneficio de la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

Antes de examinar la demanda presentada por el defensor de Manuel Felipe Arana Suancha, contra el fallo objeto de impugnación, es necesario destacar cómo con el advenimiento de la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, cuando quiera que se adviertan violaciones que afecten las garantías de las partes, en seguimiento

del precepto consagrado en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal:

«Finalidad. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.»

Precisamente, para habilitar el efectivo cumplimiento de tan caros propósitos, el artículo 184, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, le confiere a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, la facultad de superar los defectos que contenga la demanda, con el fin de que pueda emitir un pronunciamiento de fondo.

No obstante, es posible inadmitir la demanda cuando, conforme lo expresa el inciso segundo de la norma citada, «el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso.»

En atención a esos criterios, ha señalado la Sala en la providencia CSJ AP, 2 nov. 2006, Rad. 26089:

De allí que bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada;
2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;
3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, se tiene dicho que:

- a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.
- b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige clara y precisas pautas demostrativas¹.

Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia².

c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial –manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia–; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad –práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley–, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción³, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad –distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio–, del falso juicio de existencia –declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso– y del falso raciocinio –fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica–.

La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado.

En atención a que el fallo impugnado tuvo como génesis el preacuerdo que celebraron el procesado y un delegado de la Fiscalía General de la Nación, según lo previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y toda vez que con la demanda de casación no está cuestionando el juicio de responsabilidad sino la negación del sustituto de la prisión domiciliaria, resulta fácil advertir que el demandante tiene interés para recurrir de forma extraordinaria la sentencia, en tanto ello no implicaría una retractación de lo libremente aceptado.

Establecidas las premisas básicas de evaluación, se abordará en detalle la demanda de casación.

No obstante, desde ahora debe dejar en claro la Sala que de conformidad con los referentes normativos y jurisprudenciales señalados, se advierten varias deficiencias insuperables en el libelo que imponen su inadmisión.

En efecto, al iniciar las consideraciones se explicó que la Ley 906 de 2004 amplió el ámbito material de la casación admitiendo su procedencia frente a todas las sentencias de segunda instancia, empero fijó cargas argumentativas más estrictas para el demandante.

Entonces, aparte de las exigencias propias para la postulación de los cargos que ha desarrollado suficientemente esta Corporación frente a cada una de las causales de casación, la nueva legislación procesal reclama con mayor rigor la fundamentación de los fines que pretenda alcanzar el recurrente, conforme lo prevé el inciso 3° del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal.

Pero, el demandante ha omitido hacer cualquier pronunciamiento tendiente a establecer la necesidad constitucional y legal de abordar el estudio de su pretensión casacional, a partir de alguna de las finalidades previstas en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, porque ninguna razón contiene el libelo acerca de la necesidad de lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de agravios inferidos a éstos o la unificación de la jurisprudencia.

De esa forma es evidente que incumplió uno de los presupuestos esenciales de la casación, precisamente el que se refiere a la fundamentación de la finalidad del recurso, sin que se advierta oficiosamente la necesidad de un fallo para cumplir alguna de sus legítimas finalidades, lo que necesariamente genera su inadmisión, no obstante lo cual se abordará el examen del cargo propuesto con el objeto de advertir las demás razones que convergen en la consecuencia jurídica adversa para el censor.

Cargo único. Violación directa de la ley sustancial

De ninguna manera se puede entender que la naturaleza del recurso de casación sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor y que tenga como finalidad abrir un espacio procesal semejante al de las instancias, pues, la sistemática acusatoria no ha implicado la exclusión de las exigencias de fundamentación propias de la extraordinaria impugnación, que de igual manera impone la presentación de argumentos sustentados en los hechos, el decurso procesal y las normas jurídicas aplicables al caso, que demuestren un error evidente con la trascendencia suficiente como para invalidar, revocar o modificar lo decidido por las instancias.

Ha de resaltarse que mediante la proposición del recurso el censor debe sujetarse a las causales taxativamente señaladas en el ordenamiento procesal y con observancia de los presupuestos de lógica y adecuada argumentación inherentes a cada motivo extraordinario de impugnación, para persuadir a la Corte de que con el fallo de segunda instancia se ha originado el quebranto de alguna de aquellas finalidades.

En principio debe explicarse que nuestro ordenamiento procesal penal no consagra la violación directa de la ley sustancial por error de derecho, como equivocadamente parece entenderlo el demandante.

El artículo 181, numeral 1, del Código de Procedimiento Penal, prevé la violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente, interpretación errónea o indebida aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso. A esos yerros se hará referencia más adelante.

A su vez, el numeral 3 de la citada disposición, consagra la violación indirecta o mediata de la ley sustancial, una de cuyas formas es denominada error de derecho y se presenta cuando (i) se le niega a determinado medio probatorio el valor conferido por la ley o se le otorga un mérito diverso al atribuido legalmente (falso juicio de

convicción), o (ii) cuando los funcionarios al apreciar alguna prueba la asumen erradamente como legal aunque no satisfaga las exigencias señaladas por el legislador para que tenga tal condición, o la descartan aduciendo de manera equivocada su ilegalidad, pese a que se cumplieron cabalmente los requisitos dispuestos en la ley para su práctica o aducción (falso juicio de legalidad).

Ahora, en razón a que el demandante ha seleccionado específicamente la causal primera de casación, es decir, la violación directa de la ley sustancial; y, señaló que el error consiste en la falta de aplicación de normas «TANTO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO DE LA CARTA, MÁS EXACTAMENTE DE LOS ARTÍCULOS PRIMERO, CUARTO Y 241, NUMERAL 9° DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA; de los artículos 1°, 4°, 6° y 13° del Código Penal, (Ley 599 de 2000) y los artículos 1°, 6° inciso 2°, 26 Y 27 del Código de Procedimiento Penal, (Ley 906 de 2004)», es deber de la Sala recabar en la esencia de los presupuestos necesarios para demostrar una causal acorde con la naturaleza constitucional y legal del recurso, sin que ello constituya la imposición de un método determinado, sino la indicación de las exigencias que debe colmar, en cada caso, la formulación de los cargos y específicamente del que trató de esbozar el apoderado especial del procesado.

En efecto, ha dicho la Sala que si el reproche se formula con fundamento en la causal primera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, al actor se le exige que afirme y pruebe que el juzgador de segunda instancia ha incurrido en (i) error por falta de aplicación o exclusión evidente, que se presenta cuando el funcionario judicial yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico que la reclama; ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta habiendo incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o en el espacio; (ii) por aplicación indebida que se origina cuando el juzgador por equivocarse al calificar jurídicamente los hechos o, cuando habiendo acertado en su adecuación, yerra, sin embargo, al elegir la norma correspondiente a la calificación jurídica

impartida; o, (iii) por interpretación errónea, que ocurre cuando el Juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso sometido a su consideración, pero se equivoca al interpretarla y le atribuye un sentido jurídico que no tiene o le asigna efectos contrarios a su real contenido.

Además, deberá abstenerse de reprochar la prueba y realizar un estudio puramente jurídico de la sentencia.

Igualmente, si como consecuencia de la errónea interpretación de la ley, ésta se deja de aplicar o se aplica indebidamente, debe dirigir su acusación hacia una de estas dos hipótesis –exclusión evidente o indebida aplicación– y no hacia la interpretación equivocada de la ley pues lo importante, en últimas, es la decisión tomada por el Juez: no aplicar la norma o aplicarla indebidamente.

Si el demandante predica aplicación indebida de una norma, tiene que precisar el precepto inadecuadamente utilizado y aquél que en su lugar debe ser atribuido.

Deberá tener en cuenta que respecto de una misma disposición legal no puede alegarse simultáneamente falta de aplicación y aplicación indebida.

Al optar por esta clase de violación de la ley sustancial, deberá el impugnante indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal y citar las normas que se estiman infringidas.⁴

El libelista no cumplió esas mínimas exigencias, porque resulta evidente que ni siquiera menciona cuáles normas de las que forman parte del bloque de constitucionalidad dejaron de aplicarse en la segunda instancia; tampoco explica por qué el Tribunal ha debido aplicar los artículos 1 y 241-9 de la Constitución Nacional, que aluden, en su orden, a la forma de Estado adoptada para nuestro país por el constituyente de 19915 y a una de las funciones asignadas a la Corte Constitucional que consiste en «Revisar, en la forma

que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales»; mucho menos demuestra que las normas llamadas a regular el caso fueran los artículos 1 (dignidad humana), 4 (funciones de la pena), 6 (legalidad) y 13 (normas rectoras y fuerza normativa) del Código Penal y 1 (dignidad humana), 6 inciso 2 (favorabilidad), 26 (prevalencia) y 27 (moduladores de la actividad procesal) del Código de Procedimiento Penal, que no aluden de ninguna manera al sustituto penal de la prisión domiciliaria.

En efecto, era obligación del impugnante, no sólo señalar los fundamentos jurídicos en que apoya la censura, sino que debía demostrar que esas normas y lo jurídicamente declarado por el juzgador guardan plena correspondencia y, por lo tanto, es necesario proceder al reconocimiento de las consecuencias jurídicas en ellas previstas, concretamente en relación con los artículos citados que asegura excluidos por parte del Juez Colegiado y a partir de allí efectuar el profundo desglose jurídico de su contenido y alcances, para contrastarlo con las conclusiones a las que llegó el Tribunal.

Sin embargo, al presentar los reproches el defensor limitó sus argumentos a asegurar que el Tribunal se equivocó al negarle a su asistido la prisión domiciliaria, por considerar que no se cumplía el requisito objetivo que consagra el artículo 38 B del Código Penal; porque para el demandante, desde su particular perspectiva, se debe tener en cuenta la pena impuesta en la sentencia y no la que prevé la ley en abstracto para el delito por el que fue condenado.

Ese planteamiento le imponía al defensor, si es que pretende propiciar una decisión en la que se analice la posibilidad de otorgar al procesado tal sustituto, definir los argumentos tenidos en cuenta para negar aquel beneficio, oponiéndose con una adecuada contradicción que tome en cuenta esa posición, los hechos concretos y las normas que regulan el tema.

En síntesis, siendo esa la propuesta del reproche, lo primero que debió señalar el recurrente fue la circunstancia de que en el fallo se hubiesen declarado probados los elementos propios de la prisión domiciliaria y pese a ello no se reconoció el derecho porque se dejó de aplicar la norma que regula la materia. Empero, ello no tuvo ocurrencia, porque sobre ese punto se pronunció el Tribunal en los siguientes términos:

Acorde a la sustentación del recurso interpuesto, lo primero que debe precisar la Sala, es que el recurrente al parecer confunde la detención domiciliaria como medida de aseguramiento con la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, cuando en verdad se trata de instituciones diferentes en su naturaleza jurídica, teleología y fundamentos.

La prisión domiciliaria se relaciona con el lugar de ejecución de la pena privativa de la libertad, en cuanto como medida sustitutiva y previa observancia de los presupuestos que establece el artículo 38 del Código Penal, permite que la sanción se cumpla en el lugar de residencia del sentenciado, teniendo como fines y funciones de la pena las situaciones consagrados (sic) en los artículos 3 y 4 de la Ley 599 de 2000.

A diferencia de la anterior, la medida de detención en el lugar de residencia, que sustituye la detención preventiva que se cumple en establecimiento carcelario, se aplica durante el trámite del proceso y constituye una medida cautelar de carácter provisional, personal y menos gravosa para el encausado, la cual se relaciona con los fines de la medida de aseguramiento que señalan los artículos 296, 306 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

(...)

Por tanto, no asiste razón a la defensa al pretender de esta instancia se le conceda a su defendido la detención domiciliaria, cuando ha cambiado la posición de acusado a sentenciado.

Sin embargo, haciendo abstracción de dicha confusión, la Sala procederá a verificar si en el sub examine se configuran los presupuestos del artículo 38B del Código Penal, que fuera adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

Reza la precitada normativa, aplicable al presente caso por favorabilidad, que,

“Artículo 23. Adiciónase un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:

Artículo 38[B]. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado...”

El análisis que corresponde al fallador en punto a este mecanismo sustitutivo comprende cada una de las exigencias contenidas en el precepto transcrito, pues se trata de requisitos concurrentes y no alternativos; así, en el evento que alguno de los presupuestos no se presente, es forzosa la negación de la gracia.

Como el delito de homicidio simple tentado previsto en los artículos 27 y 103 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que fue atribuido y aceptado por el acusado, comporta sanción privativa de la libertad de prisión cuyos extremos están entre 8 años y 8 meses [y 28 años, 1 mes y 15 días], es evidente, como acertadamente lo dedujo el juez de primera instancia, que el requisito objetivo del numeral primero de la norma cuya aplicación se reclama no concurre, porque la pena mínima

prevista en la ley supera los 8 años de prisión. Recuérdese que este presupuesto no tiene que ver con el quantum punitivo que se imponga en la sentencia, como lo refirió el recurrente, sino que atañe al extremo mínimo que fijó el legislador para la conducta punible reprochada no alcance los 8 años de prisión.

Además de la claridad de la norma, ese es el alcance que la Corte Suprema de Justicia le ha dado entre otras sentencias en la del 1 de junio de 2006, radicado 24764, (...) y auto de marzo 23 de 2006, radicado 24927 (...).

Así las cosas, a pesar que se condenó a Manuel Felipe Arana Suancha a pena de prisión de cinco (5) años y seis (6) meses de prisión como autor de la infracción contra la vida, era necesario deducir que al emitirse el fallo de condena por una conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley es superior a 8 años, no procedía el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria y, en ese orden de ideas, resultaba inane adentrarse en el examen de las demás exigencias legales para la procedencia de esa figura jurídica, como en efecto lo señaló el a quo, en consecuencia, ante la falta de acreditación del factor objetivo, el funcionario judicial no debía realizar estudios o valoraciones frente a los demás presupuestos.

Se observa que la decisión objeto de censura en la sentencia impugnada, referida a la prisión domiciliaria, se ajustó a las normas legales que la regulan.

En efecto, la improcedencia del mecanismo sustitutivo es manifiesta, por cuanto en la situación del procesado Arana Suancha no convergían ni convergen siquiera los requisitos de índole objetivo que lo harían viable, porque la pena mínima imponible para el delito de homicidio simple imperfecto es de 104 meses, monto que sobrepasa los 8 años que establece el artículo 38B del citado estatuto, cuyo texto de ninguna manera permite suponer que el límite punitivo consagrado en esa disposición hace referencia a la pena que eventualmente se imponga, porque es claro que para acceder al beneficio, es

necesario que la condena se imponga «...por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.» (Se destaca)

Por lo demás, conforme lo ha venido sosteniendo esta Corporación de antaño⁶ y ahora lo reitera, el de la prisión domiciliaria no es un tema que deba resolver la Sala de Casación Penal de la Corte, porque su denegación no es razón suficiente para demostrar la ilegalidad de la sentencia de segunda instancia objeto del recurso extraordinario. Mucho menos cuando es el Juez de ejecución de penas el competente para conceder o negar la sustitución de la medida, autoridad judicial que, además, está facultada para dirimir el asunto en relación con sus momentos y efectos, conforme lo ha precisado amplia y reiteradamente la Sala, cuando se trata de recurrir al mecanismo alternativo dispuesto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, por remisión al artículo 314 ibídem.

Finalmente, debe precisar la Sala que revisado el escrito que contiene la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, se evidencia que no es cierto que el defensor hubiese solicitado del Tribunal que dejara de aplicar alguna norma por vía de excepción de inconstitucionalidad, puesto que ni siquiera señaló la disposición legal que el Juez Colegiado debiera declarar contraria a la Constitución, ni cuál era el mandato superior vulnerado. En síntesis, el Tribunal no incurrió en violación directa de la ley sustancial por exclusión y mucho menos en relación con el artículo 4 de la Carta Política.

Además, insistentemente ha dicho la Sala que la excepción de inconstitucionalidad no es un yerro demandable en casación, puesto que se trata de una facultad que tienen los jueces para dejar de aplicar en un caso concreto una norma, por considerar que contraviene el ordenamiento superior; y, tratándose de una prerrogativa, el hecho de que el funcionario deje de ejercerla no es constitutivo de un vicio típico censurable en casación:

Aunque es cierto que el reconocimiento de la supremacía constitucional en la labor de interpretación y aplicación de la ley faculta al funcionario judicial, en legítimo ejercicio del control de constitucionalidad difuso o concreto, a apartarse de las normas que de manera ostensible contraríen el texto superior, esa no es materia que pueda erigirse como causal de casación, por la potísima razón que dicho control en ningún caso es obligatorio sino potestativo para cada funcionario según su leal saber y entender⁷.

De manera pacífica, la Sala viene precisando, desde tiempo atrás, que un ataque encaminado a censurar un error consistente en que el Tribunal haya omitido dar aplicación al principio de excepción de inconstitucionalidad en relación con una determinada norma legal, no tiene cabida en sede casacional, por cuanto la posibilidad de hacerlo no es obligatoria, y la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, mientras conserve vigencia, no torna ilegal la decisión en la que fue empleada para la solución del caso concreto ⁸.

Lo cual resulta razonable, puesto que quien censura la disposición legal, admite la legalidad de la decisión, en tanto no fustiga a los falladores por haberla interpretado o aplicado de manera errónea, o por no haberla aplicado, sino todo lo contrario, su reproche se termina erigiendo en una tácita aceptación del acierto judicial al aplicar la norma, enfilando su censura la libelista a la disconformidad de la norma con el mandato constitucional, aspecto que escapa por completo a la esfera de protección de legalidad de la decisión.⁹

La demanda, en fin, se inadmite porque no satisface los requisitos formales y materiales establecidos en los artículos 182 y 184 del Código de Procedimiento Penal, sin que la Sala de Casación Penal advierta la vulneración de ninguna garantía fundamental de las partes o intervinientes ni se precise la emisión de un nuevo fallo de fondo; tampoco resulta necesario superar los defectos del libelo en atención a los fines de la casación, la fundamentación de los cargos, la posición del impugnante dentro del proceso, ni por la

índole de la controversia planteada.

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

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Manuel Felipe Arana Suancha.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

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 CSJ AP, 24 Nov. 2005, Rad. 24323

2 CSJ AP, 24 Nov. 2005, Rad. 24530

3 ib. Rad. 24530

4 CSJ AP, 31 Mar. 2008. Rad. 28260

5 Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

6 CSJ AP, 27 Jun. 2007, Rad. 26931; CSJ SP, 19 Oct. 2006, Rad. 25724; CSJ AP, 6 May. 2009, Rad. 31.340; CSJ AP 6 Jul. 2011, Rad. 36526; CSJ AP, 25 Feb. 2015, Rad. 44815

7 CSJ SP, 13 Dic. 1995, Rad. 10.895

8 CSJ SP, 11 May. 2001, Rad. 13.371; CSJ AP, 11 Mar. 2009, Rad. 24213

9 CSJ AP, 30 Jul. 2014, Rad. 44084