

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP907-2015

Radicación n° 45244

(Aprobado Acta No. 077)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Marcos Gómez Delgado contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, por cuyo medio se confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento de Facatativá, que lo condenó por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

El 5 de abril de 2014, aproximadamente a las 2:05 pm, uniformados adscritos a la estación de policía de Cachipay (Cundinamarca), fueron alertados telefónicamente por un ciudadano sobre que en la carrera 3 con calle 3 de dicho municipio, frente al local de «Servientrega», se hallaba un sujeto, cuya descripción suministró, dedicado a la venta de estupefacientes, por lo que localizado y sometido a registro personal quien se identificó

como Marcos Gómez Delgado, los policiales hallaron oculta en sus ropas una bolsa transparente contentiva de sustancia vegetal de características semejantes a la marihuana, procediéndose a su captura. Practicada la prueba preliminar homologada -PIPH- a la sustancia incautada, dio resultado positivo para marihuana con un peso neto de 40.8 gramos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por los anteriores hechos, el 6 de abril de 2014, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quipile (Cundinamarca), una vez legalizada la captura de Marcos Gómez Delgado, la fiscalía le formuló imputación como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376,inc. 2º, del C.P.), en la modalidad de «venta»; quien aceptó los cargos.

Seguidamente, a petición de la representante del ente acusador, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

2.El 12 de junio de 2014, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento de Facatativá, se cumplió la audiencia en la que se verificó la legalidad del allanamiento y se escuchó a las partes para los fines señalados en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, luego de lo cual se dictó sentencia en la que se condenó al procesado Marcos Gómez Delgado a las penas principales de 56 meses de prisión y multa de 1.75 SMLMV, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición de consumir sustancias estupefacientes por el mismo término de la privativa de la libertad, como autor del delito por el que se allanó, negándosele los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

3. Apelado el fallo por el defensor del inculcado, en sentencia adiada 20 de agosto de 2014, el Tribunal Superior de Cundinamarca lo confirmó en su integridad.

4. Contra la anterior decisión, el abogado que representa los intereses del acusado Marcos Gómez Delgado interpuso recurso de casación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Señalando como fines del recurso extraordinario la efectividad del derecho material y el respeto de las garantías fundamentales de su representado a la «libertad, legalidad, interpretación [y] seguridad jurídica», que estima conculcadas con la decisión de los juzgadores de instancia, al negar a su representado el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, el demandante formula un reproche contra la sentencia de segundo grado al amparo de la causal primera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, que se sintetiza de la siguiente manera:

Cargo Único. Acusa al Tribunal de haber incurrido en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, que establece los eventos de exclusión de beneficios y subrogados penales, entre ellos el de la prisión domiciliaria.

Expresa que el yerro se origina en que los juzgadores de instancia concluyeron la improcedencia de otorgar a su defendido el sustituto de la prisión domiciliaria, bajo la consideración de que el delito por el que se procede se encuentra enlistado en el precepto citado ut supra, valga decir, porque se trata de uno relacionado con el tráfico de estupefacientes, cuando tal no es el alcance que se le debe dar a dicha norma.

La interpretación adecuada es, según el censor, que no procede reconocer la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión a favor del sentenciado que registre antecedentes penales, valga decir, sentencias condenatorias ejecutoriadas por delito doloso en el lapso indicado en el precepto o por alguno de los ilícitos relacionados en su inciso segundo.

En sustento de tal afirmación refiere que de acuerdo con la exposición de motivos de la mentada reforma legal, que se encarga de citar, su propósito no es otro que favorecer con los mencionados sustitutos y beneficios penales la situación jurídica del delincuente primario, brindándole de esa manera una oportunidad para redimirse, mientras que a quienes son proclives al delito se les impide acceder a tales mecanismos, o en palabras de uno de los ponentes «que los antecedentes pesan para los efectos de [otorgar] los beneficios y subrogados penales».

En ese orden destaca, que como su representado no registraba antecedentes penales cuando se le condenó en la presente actuación, de acuerdo con lo normado en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, era jurídicamente viable reconocerle a su favor el sustituto de la prisión domiciliaria, pese a que el delito por el que se procede esté enumerado en el citado canon, pues para sostener lo contrario se requería que aquel presentara una condena previa.

Considera que los falladores de instancia vulneraron el principio de legalidad, respecto del cual cita doctrina autorizada sobre su contenido y alcance, así como las normas constitucionales, tratados internacionales y legales que lo consagran, toda vez que al examinar los requisitos para conceder la prisión domiciliaria establecidos en el artículo 23 de la pluricitada normativa, que adicionó el artículo 38B al Código Penal, en particular el numeral 2º que reza «que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000», no tuvieron en cuenta la totalidad de este último precepto que establece los casos de exclusión de subrogados y beneficios penales, sino que tomaron en cuenta únicamente el listado de las conductas punibles, por lo cual le dieron un alcance que no corresponde, inmiscuyéndose en funciones propias del legislador y realizando una interpretación restrictiva que va en contravía de los principios pro homine y pro libertatis.

Por tanto, solicita a la Corte casar la sentencia confutada y, en su lugar, reconocer al acusado Marcos Gómez Delgado el sustituto de la prisión domiciliaria, por reunir el mencionado los requisitos señalados en los artículos 23 y 32 de la Ley 1709 de 2014.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conforme a la normativa recogida en el Código de Procedimiento Penal de 2004, la casación se establece con una doble connotación, tanto de control constitucional, como legal de las sentencias proferidas en segunda instancia, en orden a consolidar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia.

Ahora bien, sin perjuicio de la facultad que la ley otorgó a la Sala de Casación Penal de la Corte de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo en aquellos eventos en que los fines de la casación, su fundamentación, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, así lo ameriten, el recurso extraordinario no es un mecanismo carente de rigor.

En efecto, la casación penal no puede entenderse como una instancia adicional para debatir aspectos que fueron materia de controversia, o como facultad ilimitada para revisar el proceso; ni la demanda puede elaborarse utilizando un discurso de libre composición, por el contrario, dado el carácter extraordinario y rogado del recurso, en el cual se examina la legalidad de la sentencia, está ligado a causales taxativas que tienen contenidos propios, referidas a vicios sustanciales o procesales. Además, en el desarrollo de cada uno de los reparos formulados, se deben cumplir unos requisitos mínimos de lógica y adecuada fundamentación, cuyo desconocimiento conlleva a su inadmisión, como lo establece el inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Es así que según el citado precepto, mediante decisión motivada la Corte está

facultada para no seleccionar aquellas demandas que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos: «Si 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 algunas de las finalidades del recurso.»

Significa lo anterior, que dada la preponderancia de los fines del recurso extraordinario en la sistemática de la Ley 906 de 2004, aun cuando la demanda de casación no reúna las exigencias formales y sustanciales, la Corte puede superar sus defectos y decidir de fondo el asunto si lo advierte necesario en orden a garantizarlos; y de igual forma, no obstante cumplir el libelo los requisitos de lógica y debida fundamentación, procede su inadmisión si de acuerdo con dichos fines no se precisa de un fallo de mérito.

2. En primer lugar debe advertirse que la sentencia confutada se profirió anticipadamente, fruto del allanamiento a cargos del acusado, por lo cual el interés jurídico para recurrir se limita a aspectos relacionados directamente con el monto de la sanción y los mecanismos sustitutivos de la pena intramural –subrogado de la condena de ejecución condicional y prisión domiciliaria–¹

, además que también es posible denunciar la vulneración de garantías fundamentales, exigencia que se cumple en el caso examinado, puesto que la discusión propuesta por el demandante, tanto en la impugnación de la sentencia de primera instancia como en sede extraordinaria, gira en torno al reconocimiento de la prisión domiciliaria a favor de su prohijado.

3. La Corte de entrada anuncia que la demanda se inadmitirá porque el impugnante no postula ni desarrolla adecuadamente el cargo formulado contra la sentencia de segundo grado, en tanto incurre en protuberantes falencias, según pasa a explicarse.

3.1 De la violación directa de la ley.

Conviene rememorar que esta Corporación ha sostenido reiteradamente que cuando se acude a la senda de la violación directa de la ley sustancial, el libelista debe aceptar los hechos declarados en el fallo recurrido y abstenerse de cuestionar la valoración probatoria realizada por los sentenciadores de instancia, por lo cual el debate se circunscribe a la aplicación del derecho, sin que tengan cabida aspectos relacionados con la credibilidad de los elementos de juicio o el acontecer fáctico (CSJ AP, 9 May. 2012, Rad. 37987; CSJ AP, 10 Jul. 2013, Rad. 41411; y, CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad 42737; entre otras).

En esa medida, la labor de demostración del vicio deberá estar orientada a evidenciar que el juzgador seleccionó una norma que no era la llamada a gobernar el asunto –aplicación indebida–, omitió otra que sí resolvía los extremos de la relación jurídico procesal –falta de aplicación o exclusión evidente– o, habiéndola escogido correctamente, le dio un alcance interpretativo que no se deriva del texto de la ley, es decir, le atribuyó un sentido jurídico que no tiene o le asignó efectos contrarios a su real contenido –interpretación errónea–.

En tratándose de la aplicación indebida de un precepto, ésta se origina cuando el sentenciador se equivoca al calificar jurídicamente los hechos, es decir, desatina al elegir la norma correspondiente. Es, pues, un error de selección (CSJ AP, 26 Feb. 2014, Rad. 42902).

Ahora, a fin de evidenciar el mencionado yerro en relación con una determinada disposición, el esfuerzo ha de orientarse a constatar la defectuosa adecuación del supuesto fáctico probado, respecto de la hipótesis contemplada en el respectivo precepto (CSJ AP, 13 Nov. 2013, Rad. 41683).

Cuando se pretende demostrar la falta de aplicación o exclusión evidente, corresponde acreditar cuál fue la situación fáctica reconocida por el fallador y cómo a pesar de ello dejó de aplicarle la consecuencia en el derecho, valga decir, cómo omitió el empleo del precepto que regula el asunto específico, señalando por qué la norma echada de menos era la llamada a resolver el caso y, por ende, debía guiar el examen jurídico (CSJ AP, 29 May. 2013, Rad. 39542 y CSJ SP, 16 Oct. 2013, Rad. 42258).

En relación con la interpretación errónea, el ejercicio argumentativo del impugnante debe abordar cuando menos dos aspectos, uno que ilustre sobre cuál es el alcance y efectos fijados al precepto, acudiendo para ello a criterios de autoridad o doctrinales, más no a su personal comprensión de la norma; y otro, que demuestre cómo aquellos fueron desconocidos por los falladores de instancia en la sentencia impugnada (CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad. 37039).

Importa destacar que en esa labor se debe tener especial cuidado en no confundir el sentido de la violación en cuestión con los eventos en que por un error en la interpretación del precepto, se excluye su aplicación o se aplica indebidamente.

Sobre el punto en mención, en decisión CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad. 39989, se señaló:

Adicionalmente, es preciso mencionar que como la interpretación errónea parte de la base de que la disposición vulnerada fue correctamente seleccionada, no debe confundirse con los casos en donde por dársele un alcance equivocado, no es aplicada o se utiliza en forma indebida.

En efecto, es pertinente recordar que la aplicación indebida o la exclusión de una norma se pueden dar a consecuencia de su errónea interpretación.

En estos eventos, el yerro de hermenéutica conduce, en punto de la aplicación indebida, a

desbordar el verdadero sentido de la disposición y, por ello, se la pone a gobernar un asunto que no contempla. En cuanto hace a la exclusión de su aplicación, el error en la exégesis del precepto lleva a restringir sus efectos jurídicos y por eso no se la utiliza.

Ahora, cuando se alega que como fruto de la interpretación de la norma se incurre en su aplicación indebida, corresponde al impugnante (i) precisar el aspecto de derecho objeto del ataque y establecer la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, puntualizando su ubicación en el ordenamiento positivo, (ii) especificar cuál fue la exégesis dada en la sentencia al mismo, (iii) indicar las razones por las que ella resulta equivocada y (iv) explicar porqué la comprensión propuesta en la demanda es la correcta, lo que impone demostrar la coherencia de la interpretación formulada por el actor frente a las categorías jurídicas relacionadas con la temática y respecto del universo regulatorio inherente al punto de derecho cuestionado.

3.2 El caso concreto.

El recurrente denuncia que el Tribunal se equivocó al negarle a su defendido el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria bajo la consideración de que el procesado no cumplía con el requisito previsto en el numeral 2º del artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, debido a que el delito por el que se le condenó -tráfico, fabricación o porte de estupefacientes-se encuentra enlistado en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la referida normativa.

Una primera observación que corresponde hacer al reproche propuesto, es que el libelista no debió postularlo con fundamento en la aplicación indebida de la ley sustancial, puesto que no llama a equívocos que el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, con la modificación introducida por la Ley 1709, en concordancia con artículo 23 del precitado estatuto, que contempla los requisitos para otorgar el sustituto de la prisión

domiciliaria, cuyo reconocimiento deprecó la defensa del procesado Gómez Delgado, eran las normas llamadas a regular el caso particular.

Situación bien distinta, como se avizora del contexto de la demanda, es que el impugnante considere que los juzgadores de instancia le dieron a las normas citadas un alcance interpretativo que no se deriva de su texto, yerro que, en gracia de discusión, debió formularlo bajo los parámetros propios de la interpretación errónea, frente al cual le correspondía ilustrar a la Sala sobre el alcance y efectos fijados al precepto en la jurisprudencia o la doctrina autorizada, y cómo fueron desatendidos en el fallo rebatido.

Sin embargo, su esfuerzo argumentativo resulta inane en orden a demostrar el supuesto dislate, puesto que si bien intenta una interpretación teleológica o finalista, es decir, escudriña los propósitos que tuvo el legislador para expedir la Ley 1709 de 2014, valiéndose para tal efecto de la exposición de motivos y de las actas de los debates en el Congreso, termina por expresar su personal comprensión de las normas en cuestión, con la pretensión de entronizarla frente a la inteligencia que les otorgaron los juzgadores de primer y segundo grado, ejercicio dialéctico que resulta refractario al recurso extraordinario.

En efecto, lo que pretende el casacionista es que la Corte deseche el entendimiento que el ad quem le dio al numeral 2º del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, en el sentido de que basta que el delito por el cual se profiere condena esté relacionado en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal -Ley 599 de 2000-, para concluir insatisfecho el requisito objetivo que exige el mencionado precepto, en orden al reconocimiento de la prisión domiciliaria; y, en cambio, acepte su tesis de que aquel no se cumple solo si el condenado registra antecedentes penales, bien por cualquier delito doloso dentro de los cinco años anteriores, ora por alguno de los ilícitos enlistados en el inciso 2º del artículo 68A de la codificación citada; pero se queda en el enunciado, porque no presenta criterios de autoridad o doctrinales que persuadan de tal propósito.

Al margen de las falencias de orden formal y sustancial que se advierten en la postulación y desarrollo del reproche, suficientes para inadmitir el libelo, la Sala encuentra que tampoco le asiste razón al demandante, por los siguientes motivos:

El artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, que adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, señala:

Artículo 38B. 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.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la

pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.(Resaltado fuera de texto)

Atendiendo al sentido literal del numeral 2º de la norma transcrita, dada su claridad, ninguna interpretación se requiere efectuar en orden a fijar su alcance, pues de su texto se extrae sin dificultad que el requisito allí contenido hace alusión a que el delito por el que se proceda no esté relacionado en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014; y por parte alguna se menciona que el reconocimiento del sustituto está supeditado a que el sentenciado carezca de antecedentes penales, valga decir, que no le figuren condenas previas por esas delincuencias, pues de haber sido ese el querer del legislador, así lo habría señalado en el precepto.

La confusión del censor surge de la remisión que el mentado canon realiza al inciso 2º del artículo 68A modificado, que prohíbe la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural a «quienes hayan sido condenados por delitos dolosos...», relacionando a continuación un catálogo de ilícitos que dada su especial gravedad y superlativa ofensa a los bienes jurídicos tutelados, excluye a quienes sean condenados por esas conductas para ser favorecidos con el supracitado subrogado penal, prohibición que también cobija al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de otros beneficios judiciales o administrativos.

Ese reenvío legal obliga al intérprete a realizar un análisis sistemático de las normas que regulan el respectivo mecanismo sustitutivo o beneficio penal, con la finalidad de establecer su procedencia, por cuanto el verdadero alcance de un determinado instituto puede estar dado, como ocurre en el caso del subrogado de la prisión domiciliaria, por la articulación de varios preceptos.

En efecto, de una parte el novel artículo 38B del Estatuto Punitivo, señala los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, mientras que, de otro lado, el modificado canon 68A ibídem, relaciona los eventos en que se excluye su aplicación, y mientras el primero establece en el numeral 2º una condición negativa para su reconocimiento, esto es, que el delito por el que se proceda no figure en el listado que consagra el inciso 2º del último precepto, éste a su vez prevé que el sustituto en cuestión no resulta aplicable en los eventos en que el acusado registre antecedentes penales, bien por delito doloso cometido dentro de los cinco años anteriores, ora por alguno de los ilícitos allí incluidos.

Tal regulación, en principio, supondría una antinomia entre las referidas normas, pero su análisis conjunto revela que antes que contradecirse se complementan, ya que si bien ambas se refieren al mismo instituto, lo hacen desde diferentes perspectivas, pues en tanto una fija los requisitos para su reconocimiento, la otra establece los casos en que debe excluirse su aplicación.

En esa medida, la Corte encuentra que en las siguientes hipótesis no procede conceder el referido mecanismo sustitutivo, así:

(i) Cuando no se reúnan las exigencias señaladas en el artículo 38B del Código Penal, precisando que el numeral 2º de dicha norma no reclama la carencia de antecedentes penales del procesado, sino que el delito por el que se procede, es decir, por el que se emite condena, no esté incluido en el listado del inciso 2º del artículo 68A ibídem.

(ii) En los casos en que el sentenciado registre condena -antecedentes penales- por delito doloso dentro de los cinco años anteriores (inciso 1º del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014).

(iii) Cuando al procesado le figure condena -antecedentes penales- por alguno de los delitos relacionados en el inciso 2º del artículo 68A del Estatuto Punitivo, modificado por la Ley 1709 de 2014, cometido en la modalidad dolosa en cualquier tiempo, pues en relación con el aspecto temporal la norma no hace distinción, como sí ocurre en el inciso primero respecto de la condena por otros ilícitos distintos a los enlistados en el mencionado canon.

El anterior entendimiento de las normas que regulan la prisión domiciliaria, encuentra sustento en los propósitos que tuvo el legislador con la expedición de la Ley 1709 de 2014, principalmente el encaminado a conjurar la crisis carcelaria flexibilizando la aplicación de algunos subrogados penales, aunque sin renunciar a las funciones retributiva y de prevención especial de la pena, en los casos de conductas punibles de mayor gravedad y de procesados reincidentes en la comisión de delitos.

En efecto, basta revisar las actas de los debates suscitados en el Congreso de la República con motivo de la aprobación del actual artículo 38B del Estatuto Punitivo, para advertir que el legislador patrio tuvo en cuenta dos criterios para limitar, en determinados casos, el otorgamiento de la prisión domiciliaria. Uno concerniente a la proclividad a cometer delitos y; otro, relativo a la gravedad de ciertos ilícitos que generan mayor alarma social.

Vale la pena citar algunos apartes de tales discusiones para evidenciar lo dicho. En la sesión del 29 de abril de 2013, de la Comisión Primera Constitucional Permanente,

uno de los ponentes expresó:

La Presidencia concede el uso de la palabra, al honorable Representante Germán Varón Cotrino:

Gracias Presidenta, yo creo que la exposición que han hecho los coordinadores ha sido completa, y solo voy a recabar sobre algunos temas que me parece que vale la pena examinar.

(...)

Me gusta mucho y creo que es una buena salida, el que se empiece a establecer que los antecedentes pesan para efectos de los beneficios y subrogados penales, es decir, que cuando una persona ya haya sido condenada no tendrá esos beneficios, me parece de la mayor utilidad (...).2(Negrilla y subraya fuera de texto)

En sesión del 18 de junio de 2013, de la Plenaria de la Cámara de Representantes, otro de los ponentes señaló:

Intervención del honorable Representante Carlos Edward Osorio Aguiar:

Señor Presidente, este artículo [se refiere al artículo 18 del proyecto original que corresponde al nuevo artículo 38B de la Ley 599 de 2000] ha generado cualquier tipo de inquietudes, de preocupaciones, todas absolutamente válidas y yo quiero retomar lo que se planteó en la explicación correspondiente.

(...)

Qué pretende este artículo. Este artículo pretende revisar o ponernos a tono con una realidad, hay un sinnúmero de consecuencias penales, de tipos penales que han visto agravadas sus penas, pero que quienes en un momento determinado cumplen una

determinada pena o quieren acceder a un beneficio no pueden acceder a ellos porque los beneficios quedaron estancados, quedaron como en suspenso, en el pasado.

(...)

En aras o en consideración de las reflexiones que le[s] he aquí planteado, se hizo una revisión de los tipos penales, además porque este artículo 18 hay que revisarlo en consonancia con otro artículo que aquí aprobamos, que es el artículo 22 [corresponde al artículo 32 del proyecto final de la Ley 1709 de 2004, modificatorio del artículo 68A del Código Penal]. Donde hay un listado exhaustivo de exclusiones y básicamente se consideró que podría ser aumentado el tema del mínimo para acceder a la prisión domiciliaria.

(...)

Hoy lo que estamos tratando con este artículo 18 que ustedes han dispuesto reabrirlo y que finalmente aquí no hay ningún interés de absolutamente nada, hay una lista de exclusiones queridos Representantes que están en el [artículo] 22 [corresponde al artículo 32 del proyecto final de la Ley 1709 de 2004, modificatorio del artículo 68A del Código Penal], que blindo cualquier posibilidad, cualquier escape de cualquier persona a quien se pueda favorecer, pero que de alguna manera sí queremos compadecernos con una política coherente criminal. Pues lo que vamos es a impedir que esas personas que hoy salen a la calle con un brazalete electrónico, puedan estar con esos brazaletes electrónicos pero confinados en sus casas, en sus domicilios. Por eso la razón de ser de esta iniciativa.³(Negrilla y subraya fuera de texto)

Y en esa misma ocasión la Ministra de Justicia, en representación del gobierno nacional, donde tuvo origen la iniciativa legislativa en comento, indicó:

Intervención de la Ministra de Justicia, doctora Ruth Stella Correa:

Gracias Presidente. Les decía que la prisión domiciliaria, regulada hoy por el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, está concebida para aquellas personas que hayan sido condenadas por un delito cuya pena mínima esté prevista en 5 años. La prisión domiciliaria supone que la persona debe permanecer en el lugar de residencia o en aquel sitio en el cual el juez la determine.

(...)

¿Qué pretendemos? unir en un solo beneficio el brazalete y la prisión. Quien tenga 8 años no irá a cualquier parte a estar por la calle con un brazalete, sino que irá a prisión domiciliaria. ¿Con qué se adiciona? cuando el Juez lo considere pertinente, y le vaya a dar a ese domiciliario la posibilidad de trabajar o la posibilidad de estudiar, le pone el brazalete electrónico, pero no de manera autónoma como está hoy en día.

Si se quiere, incluso la medida es más restrictiva, porque hoy con brazalete electrónico se puede ir a cualquier lugar, mientras que con prisión domiciliaria se tiene que estar en el domicilio o en el sitio que establezca el juez. Lo que se pretende es simplemente convertir ese beneficio en uno solo, fusionar la prisión con el brazalete.

Adicionalmente está el artículo 22 [corresponde al artículo 32 del proyecto final de la Ley 1709 de 2004, modificadorio del artículo 68A del Código Penal], que establece todas las excepciones a ese beneficio, que no hay riesgo de que temas como terrorismo, trata de personas, lesiones con ácido, violencia intrafamiliar, todos aquellos delitos que tanto agreden a la colectividad, tengan este beneficio porque el artículo 23 (sic)⁴ expresamente señala que estarán excluidos.

(...)

Esas son las razones por las cuales señores Congressistas, el Gobierno Nacional acompaña esa propuesta. Muchas gracias Presidente. (Negrilla y subraya fuera de texto)

En esa oportunidad, a propósito de las inquietudes que generaba la aprobación del actual artículo 38B del Código Penal, uno de los congresistas replicó:

Intervención del honorable Representante Juan Manuel Valdés Barcha:

Gracias Presidente, a mí me parece que la proposición es buena, pero hay que considerar los requisitos como lo ha dicho el doctor Germán Navas. Yo quisiera preguntarle a los ponentes por qué específicamente en este artículo a manera explícita no aparecen esas condiciones y sí aparecen en el artículo número 22 [corresponde al artículo 32 del proyecto final de la Ley 1709 de 2004, modificadorio del artículo 68A del Código Penal]. Entonces, digamos el [artículo] 22 hace relación a éste y hay una correlación, pero sería muy bueno para claridad de la ley, para que no haya lugar a mantos de duda o malas interpretaciones que queden todos los condicionamientos explícitos en este mismo artículo, es decir, si son 5 años y bajo qué condiciones o si van a ser 8 años bajo qué condiciones.

Porque hay que excluir unos delitos y no queremos que precisamente unas personas que están pagando unas condenas pues se cometa un exabrupto y salgan el día de mañana a la libertad o gocen de estos privilegios, cuando tendrían que estar pagando sus penas.

Eso es lo más responsable de cara al país. Entonces le pido al coordinador de ponentes, que nos explique por qué no están explícitos en este artículo los diferentes condicionamientos.

Dirección de la Presidencia, doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez:

Con mucho gusto doctor Juan Manuel Valdés. Tiene usted la palabra doctor Carlos Edward para responder.

Intervención del honorable Representante Carlos Edward Osorio Aguiar:

Presidente muchas gracias, es un tema de organización dentro del articulado donde en un artículo se habla de un tema, y en otro artículo se habla de otro tema, pero obviamente es una unidad sistemática Representante Valdés.

De hecho el artículo 22 [corresponde al artículo 32 del proyecto final de la Ley 1709 de 2004, modificadorio del artículo 68A del Código Penal] tiene como epígrafe, como título, exclusión de los beneficios y subrogados penales y dice: No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva cuando las personas hayan sido condenadas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por, viene un listado casi interminable, pero se los voy a leer que dice:

Por delitos dolosos contra la administración pública, delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado, captación masiva y habitual de dineros, utilización indebida de información privilegiada, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, soborno transnacional, violencia intrafamiliar, hurto calificado y agravado, extorsión, obstrucción de vías que afecten el orden público, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo, Representante Stella, violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial y trata de personas. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de

la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906, que habla de los preacuerdos, ni en aquellos eventos de los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos, es decir, hay un listado exhaustivo de exclusiones de beneficios con los cuales cerramos cualquier puerta a las preocupaciones que les asisten a los honorables Representantes.(Negrilla y subraya fuera de texto)

De la anterior transcripción surge patente que en los debates realizados en el Congreso sobre la aprobación del actual artículo 38B del Estatuto Punitivo que fija los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria, ninguna mención hacen los ponentes del proyecto acerca de que el numeral 2º del mentado canon la supedita a la carencia de antecedentes penales del condenado, sino que la ley contempla un catálogo de delitos respecto de los cuales no procede su reconocimiento, relacionados en el inciso 2º del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, modificatorio del canon 68A ibídem, que no fueron incluidos en la norma citada ut supra por razones de técnica legislativa, pero que deben tenerse en cuenta por expresa remisión legal.

Además, como lo expuso uno de los ponentes, en orden al otorgamiento del pluricitado sustituto se impone un análisis sistemático de tales preceptos, toda vez que mientras uno establece los requisitos para su reconocimiento –art. 23 de la Ley 1709 de 2014–, el otro excluye su aplicación, así como la de otros mecanismos sustitutivos y beneficios judiciales y administrativos, a favor de quienes registren antecedentes penales, bien por delito doloso cometido dentro de los cinco años anteriores, ora por alguno de los ilícitos enlistados en su inciso 2º –art. 32 de la Ley 1709 de 2014–.

Ahora, como en el presente asunto al acusado Marcos Gómez Delgado se le condenó por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376, inciso 2º, del C.P.), es claro que no se cumple el requisito objetivo previsto en el numeral

2º del artículo 38B ibídem, toda vez que dicha conducta está incluida en el inciso 2º del artículo 68A ejusdem, por tanto, no se hace acreedor a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, muy a pesar de que sea un delincuente primario.

Así las cosas, como en ningún yerro susceptible de ser demandado en casación incurrieron los falladores de instancia, se rechazará el cargo.

4. En conclusión, las protuberantes falencias de lógica y adecuada fundamentación advertidas en la demanda, aunado a la falta de demostración de la única censura propuesta, conducen a su inadmisión.

5. Resta señalar que no se observa que con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación se violaran derechos o garantías de los intervinientes, como para que tal circunstancia imponga superar los defectos del libelo en orden a decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, en los términos establecidos por la Sala (CSJ AP, 12 Dic. 2005, Rad. 24322).

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Marcos Gómez Delgado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados por la Sala.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ AP, 30 Abr. 2014, rad. 42189.

2 Acta No. 42, publicada en la Gaceta del Congreso No. 467 del 2 de julio de 2013.

3 Acta No. 215, publicada en la Gaceta del Congreso No. 751 del 20 de septiembre de 2013.

4 Se refiere al artículo 22 del proyecto original.