RELEVANTE

SALA DE CASACIÓN PENAL

M. PONENTE	: LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
NÚMERO DE PROCESO	: 45900
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP1207-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 01/02/2017
DECISIÓN	: CASA PARCIALMENTE
DELITOS	: Conservación o financiación de plantaciones / Trafico, fabricación, o porte de estupefacientes
FUENTE FORMAL	: Ley 599 de 2000 art. 38, 38b, 38g, 68a-2, 375-2, 376-2 / Ley 906 de 2004 art. 37-3, 184-2 / Ley 1709 de 2014 art. 23, 28

TEMA: **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: audiencia de sustentación del recurso, presentación de cargos no admitidos, no son analizados por la Sala

«El defensor censuró la inadmisión del cargo primero de su demanda al considerar que en curso del trámite de la apelación prescribió la acción penal por el delito descrito en el artículo 375 del Código Penal, según los parámetros punitivos fijados en la acusación, planteamiento que al ser ajeno a la temática para la cual fue convocada la audiencia de sustentación oral no merece pronunciamiento de fondo al ser un tema superado en auto del 29 de junio de 2016 donde se expuso las razones por la cuales no estaba prescrita la acción y frente al cual el libelista en su oportunidad no agotó el mecanismo de insistencia establecido en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004».

PRISIÓN DOMICILIARIA - Concepto / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - En virtud del tiempo que ha estado privado de la libertad (art. 38G del C.P.): no aplica el art. 68A del C.P. (exclusión de beneficios y subrogados penales) / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - En virtud del tiempo que ha estado privado de la libertad (art. 38G del C.P.): requisitos / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - En virtud del tiempo que ha estado privado de la libertad (art. 38G del C.P.): juez competente para decidir, juez de ejecución de penas o juez de conocimiento, explicación

«De acuerdo con el artículo 38 del Código Penal, la prisión domiciliaria es un mecanismo sustitutivo de la prisión, que implica la restricción efectiva y real del derecho de libertad del condenado en su lugar de residencia o morada, o en el que la autoridad judicial disponga mediante sentencia, en caso de que encuentre cumplidos los requisitos legales pertinentes.

Así, generalmente, el juez cognoscente debe remitirse a lo estipulado en el artículo 38B, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 [...].

[...]

Consecuente con lo anterior, el funcionario judicial al momento de analizar la procedencia del sustituto debe remitirse al artículo 68A, inciso 2, del Código Penal, a fin de verificar si la conducta sancionada se encuentra allí enlistada y en caso afirmativo, no podrá conceder ésta.

[...]

No obstante, dicha regla tiene su excepción, esto es la consignada en el parágrafo 1 del mismo artículo y según la cual "Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código." Es decir, cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el artículo 38G penal, no es dable negarla con fundamento en las exclusiones consignadas en el artículo 68A del mismo estatuto, sino que deberá ceñirse a las condiciones y prohibiciones que para el mismo beneficio impone la propia norma.

[...]

Entonces, a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal.

Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria».

PRISIÓN DOMICILIARIA - En virtud del tiempo que ha estado privado de la libertad (art. 38G del C.P.): procedencia / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - En virtud del tiempo que ha estado privado de la libertad (art. 38G del C.P.): requisitos / **FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY** - Configuración

«[…] aparece que CMPV, fue condenado a la pena principal de 97 meses de prisión, multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Dirección Nacional de Estupefacientes, como coautor de los delitos de conservación y financiación de plantaciones, y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descritos en los artículos 375, inciso 2, y 376, inciso 2, del Código Penal, conductas que no fueron excluidas por el artículo 38G, es decir, por las mismas procedía el estudio de factibilidad de la prisión domiciliaria incoado bajo tal norma, la cual se dejó de aplicar.

Adicionalmente no podía aducirse su improcedencia en virtud del artículo 68A, inciso 2, del Código Penal, ya que por mandato legal no aplica cuando el instituto de la prisión domiciliaria se depreca en virtud del tiempo de ejecución de la intramural descrita en el artículo 38G. Razón por la cual, los falladores de primer y segundo grado al denegarlo aplicaron indebidamente éste precepto.

Luego, le asiste razón al censor cuando denunció la violación directa de la ley sustancial en las sentencias, y por consiguiente se procede a analizar la procedencia del sustituto incoado.

Acorde con los requisitos enlistados en el artículo 38G, se tiene que CMPV, quien fue sentenciado a 8 años y 1 mes de prisión, a la fecha ha estado privado de su libertad por tiempo superior a 4 años y 6 meses toda vez que su aprehensión se produjo el 14 de septiembre de 2011, es decir, ha cumplido más de la mitad de la condena.

Ahora, de conformidad con el numeral 3 del artículo 38B está acreditado su arraigo familiar en la [...] vivienda de propiedad de su progenitora, y que para el momento de su aprehensión, en razón de sus estudios superiores en la Fundación Universitaria [...] residía en la [...], información que encuentra respaldo en el informe de policía SIJIN, del 14 de septiembre de 2011.

Ante tal panorama, el fallo de segunda instancia será casado parcialmente, en el sentido de conceder al procesado la prisión domiciliaria».