



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Magistrado ponente

AP2613-2026

Radicación n.º 63885

(Acta n.º 129)

Tunja (Boyacá), veinticuatro (24) de abril de dos mil veintiséis (2026).

Sala Casación Penal @ 2026

I. ASUNTO

A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde pronunciarse sobre la admisión de la demanda de casación que el apoderado de JARRY ESTIVEN GUTIÉRREZ CAÑÓN y DILAND ESTEBAN GARCÍA presentó contra la sentencia del 31 de octubre de 2022. Con este fallo, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la que el 8 agosto de 2022 dictó el Juzgado 13 Penal Municipal con funciones de conocimiento de esta misma ciudad. Con esta sentencia se condenó a los procesados como autores del delito de hurto calificado y agravado.

II. HECHOS

1. El 30 de julio de 2021, a las 22:00, en el local comercial «STILOS», ubicado en la carrera 108 # 161-03 de Bogotá, D. C., entró un sujeto con una pistola traumática, despojando al propietario, así como a su esposa, de sus teléfonos celulares. Tras ello, el asaltante huyó en una motocicleta que conducía otra persona.

2. Las víctimas denunciaron el hecho. Además, cuando se dirigían a su vivienda, observaron a los dos ciudadanos que poco antes habían participado en el robo, por lo que llamaron a la Policía Nacional. Una vez en el lugar, los policiales capturaron a esos hombres, identificados como JARRY ESTIVEN GUTIÉRREZ CAÑÓN y DILAND ESTEBAN GARCÍA. Además, les incautaron el arma traumática, los dos teléfonos celulares hurtados y la motocicleta que utilizaron para huir del lugar.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3. El 31 de julio de 2021, la Fiscalía les imputó a GUTIÉRREZ CAÑÓN y a GARCIA REINOSO el delito de hurto calificado y agravado, en calidad de coautores. Los procesados no aceptaron el cargo.

4. El 27 de septiembre siguiente tuvo lugar la audiencia de acusación ante el Juzgado 13 Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá.

5. El 15 de diciembre de ese mismo año, se surtió la audiencia preparatoria y el 7 de febrero de 2022, cuando iba a iniciarse la audiencia de juicio oral, la Fiscalía verbalizó un preacuerdo suscrito con GUTIÉRREZ CAÑÓN. Consistió en que este aceptaba su responsabilidad, a cambio del reconocimiento del dispositivo amplificador de la tentativa. El 8 de junio siguiente, ocurrió lo mismo con GARCÍA REINOSO.

6. El Juzgado aprobó el preacuerdo y, el 8 de agosto de 2022, condenó a los procesados por el delito de hurto calificado y agravado, con el reconocimiento de la tentativa, a 42 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Asimismo, negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria. La defensa de los acusados apeló el fallo. El 31 de octubre de 2022, el Tribunal de Bogotá lo confirmó¹.

7. El abogado de los procesados presentó y sustentó oportunamente, recurso extraordinario de casación contra la decisión del Tribunal.

VI. DEMANDA DE CASACIÓN

8. El casacionista indicó que con su demanda buscaba la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los procesados, la reparación de los

¹ Esta decisión se leyó en audiencia del 3 de noviembre de 2022.

agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.

9. Con esos propósitos formuló dos cargos. Uno principal y otro subsidiario. El primero lo fundó en la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Argumentó que la decisión de no concederle a sus representados la ejecución condicional de la pena ni la prisión domiciliaria se amparó en postulados «discriminatorios», «inequitativos» y, además, vulneró sus «garantías constitucionales». En concreto, el acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones.

10. Además, tal decisión contrasta con los derechos y postulados constitucionales como el de la primacía de los derechos fundamentales.

11. En ese sentido, tras referirse al control difuso de constitucionalidad que pueden ejercer los jueces de la República, alegó que sus representados debía otorgárseles tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como a la prisión domiciliaria. Eso daba «concreción» tanto a «los principios de necesidad, test de proporcionalidad y razonabilidad» como «a los fines de la pena que trata el artículo 4º del Código Penal». Es más, aseveró que con esa decisión se cumpliría con «los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, mediante el derecho penal internacional».

12. Así las cosas, solicitó casar la sentencia del Tribunal para que «se NULITE LA MISMA, procediéndose a dictar una sentencia de reemplazo, con las garantías constitucionales invocadas como violadas por el operador jurídico de instancia».

13. El cargo subsidiario lo planteó con fundamento en la causal 1ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. En este denunció la supuesta ocurrencia de un error de derecho por la indebida aplicación del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

14. Así como en el cargo anterior, afirmó que la decisión de negarle a los procesados tanto la ejecución condicional como la prisión domiciliaria se fundó en postulados discriminatorios, inequitativos, apartándose de las garantías constitucionales.

15. A eso agregó que tanto el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, así como el 63 ibídem atentan contra los derechos fundamentales. En concreto, el derecho a la igualdad «si se tiene en cuenta que punibles de mayor complejidad y trascendencia, verbigracia, homicidio simple, si le es dable el análisis y otorgamiento de los precitados mecanismos».

16. De ese modo, solicitó la inaplicación de esas normas, en virtud del control difuso de constitucionalidad. También, que se case el fallo del Tribunal para, en su lugar, dictar un nuevo «con la inaplicación del artículo 68 A del código penal colombiano, ejerciéndose ese control

difuso de constitucionalidad y así respetándose las garantías constitucionales invocadas como violadas por el operador jurídico de instancia».

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

17. La casación es un recurso extraordinario por medio del cual el interesado puede controvertir ante esta Corporación los fallos de segunda instancia, siempre que se adviertan errores de juzgamiento o procedimiento determinantes de su ilegalidad. Esa es la razón por la que su sustentación ha de estar orientada a la acreditación de alguna de las causales taxativas definidas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

18. Tal ejercicio argumentativo debe estar anclado tanto en los principios sustanciales de este recurso como:

- taxatividad, cuyo alcance limita las causales a las previstas expresamente por la ley;
- excepcionalidad, que define la casación como mecanismo extraordinario y no tercera instancia;
- limitación, que circunscribe el análisis a los cargos expresados por el recurrente;
- oficiosidad, que autoriza excepcionalmente a la Corte para corregir errores trascendentales aún sin alegación del censor;

- extensión, que faculta aplicar efectos favorables del fallo a quienes no interpusieron el recurso,

19. Igualmente, deben respetarse los principios instrumentales que rigen la fundamentación de la demanda de casación, que son de creación jurisprudencial y su incumplimiento conlleva necesariamente la inadmisión. Entre estos se destacan los de autonomía, claridad, coherencia, corrección material, correspondencia objetiva, crítica vinculante, debida fundamentación, integración de la proposición jurídica completa, no contradicción, precisión, preclusión, prioridad, razón suficiente, trascendencia, unidad jurídica inescindible, unidad temática y necesidad de intervención de la Corte.

Calificación de los cargos

20. El demandante planteó dos cargos casacionales. El primer cargo lo direccionó bajo la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, mientras que el otro lo fundó en la causal 1 ibidem. A pesar de ello, en ambos alegatos sustentó lo mismo. Esto es, la necesidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 63 y 68A de la Ley 599 de 2000, que los falladores acataron para negarles los subrogados de la prisión domiciliaria y suspensión condicional de la pena a ambos procesados. Eso lleva a que la Sala se pronuncie conjuntamente respecto de esos planteamientos.

21. En primer lugar, el demandante faltó a los principios de crítica vinculante y debida fundamentación,

ya que su argumentación solo traduce su interés en forzar que la judicatura exteriorice la contrariedad de las referidas normas con la Carta Política. Pero en realidad no demuestra que «en virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental» (Sentencia SU-599 de 2019). Este sería el único escenario en el que procedería la excepción de inconstitucionalidad.

22. En segundo lugar, debe reiterarse que no es un vicio típico censurable en casación el hecho de que el funcionario judicial deje de ejercer el control constitucional difuso a través de la excepción de inconstitucionalidad (*Cfr.* CSJ AP6299-2015, 28 oct. 2015, rad. 43982 y CSJ AP885-2024, 28 feb. 2024, rad. 64202). En efecto, como se ha explicado en otras oportunidades, entre esas, en el auto CSJ AP4362-2014, Rad. 44084:

[La demandante] termina enfrascada en una argumentación dirigida, no a cuestionar la legalidad de la decisión, sino a abogar por el control de constitucionalidad por vía de excepción, a fin de que se sustraiga del ordenamiento jurídico, vía inaplicación, para el caso concreto, el numeral 2 del artículo 38B del código Penal, adicionado por el artículo 23 de la ley 1709 de 2014, y el consecuente inciso 2° del artículo 68A ibidem, en lo que atañe a la prohibición del otorgamiento de la prisión domiciliaria para el delito por el que su defendido fue condenado.

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 entender².

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 concreto³.

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.

23. Finalmente, la Sala encuentra que la decisión del Tribunal de negarles a JARRY ESTIVEN GUTIÉRREZ CAÑÓN y a DILAND ESTEBAN GARCÍA tanto el subrogado como el sustituto se fundó, por una parte, en la prohibición contenida en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000. Por otra, en que ninguno de ellos probó su arraigo familiar y social. Según se explicó:

El instituto de la prisión domiciliaria se encuentra descrito en los artículos 38 y 38B del Código Penal, del cual si bien se desprende una prohibición objetiva frente a delitos que se encuentren en el listado del artículo 68A ib. esta Colegiatura en virtud de la postura expuesta al respecto por la Corte Constitucional ha edificado la necesidad de verificar los demás elementos.

² [cita inserta en el texto transcrito] *CSJ SP, 13 de diciembre de 1995, Rad. 10.895.*

³ [cita inserta en el texto transcrito] *CSJ SP, 11 de mayo de 2001, Rad. 13.371; AP 24213, 11 de marzo de 2009.*

Entonces, de cara a los requisitos contenidos en el artículo 38B ya citado, es claro que el primero de ellos se cumple, esto es, la sentencia se impuso por un delito cuya pena mínima es inferior a 8 años, ello porque si bien el hurto calificado y agravado comporta una pena visiblemente superior, al aplicarle la degradación a delito tentado conforme el acuerdo alcanzado, la sanción mínima es de 6 años o 72 meses

No así ocurre frente a lo indicado en el numeral tercero del artículo ya plurimencionado, esto es demostrar el arraigo familiar y social de los encartados, ello pues en la diligencia del 6 de julio de 2022, cuando se surtió el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado de GARCÍA REINOSO y GUTIÉRREZ CAÑÓN se limitó a aducir que eran personas jóvenes, delincuentes primarios y habían indemnizado a la víctima.

Acá se aclara, si bien la Fiscalía General de la Nación refirió unas direcciones de residencia que fueron manifestadas por DILAND ESTEBAN y JARRY ESTIVEN al momento de su captura, ello no comporta la existencia y demostración de un arraigo familiar y social, carga que le comportaba a la defensa y sobre la cual no se allegó medio probatorio alguno.

Bajo tal entendido, la ausencia de corroboración frente al requisito ya referido, aunado a la prohibición del artículo 68A del Código Penal, significan que la determinación de la primera instancia atinente a la negativa de la concesión de prisión domiciliaria fue acertada y por lo cual, se confirmará íntegramente el fallo recurrido.

24. Esta argumentación no fue objeto de ningún cuestionamiento por parte del casacionista. Como se vio antes, este se limitó a cuestionar la constitucionalidad de las referidas normas, sin realmente advertir un yerro trascendente que comprometiera la legalidad del fallo de segundo grado. En todo caso, una vez cobre ejecutoria la sentencia del Tribunal, la defensa de los procesados puede pedir nuevamente los mecanismos sustitutivos

de la sanción intramural, ante el respectivo juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

25. Así las cosas, la Sala inadmitirá la demanda estudiada y ordenará la devolución del proceso al tribunal de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

26. Según lo dispone el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decide no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia. Sus reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde el auto del 12 de diciembre de 2005, rad. 24322, y precisadas en auto CSJ AP, 25 jun. 2014, rad. 42597.

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación que el apoderado de JARRY ESTIVEN GUTIÉRREZ CAÑÓN y DILAND ESTEBAN GARCÍA presentó contra la sentencia del 31 de octubre de 2022.

Segundo. ADVERTIR que, conforme al art. 184 inc. 2.º del Código de Procedimiento Penal, contra esta

decisión procede el mecanismo de insistencia, atendiendo las reglas definidas jurisprudencialmente por la Sala.

Notifíquese y cúmplase

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Casación 63885
CUI 11001600001720210445001
Jarry Estiven Gutiérrez Cañón y
Diland Esteban García Reinoso

HUGO QUINTERO BERNATE

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

 Sala Casación Penal@ 2026