El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO / PENA SUSTITUTA DE PRISIÓN DOMICILIARIA / NO APLICA EN UN CASO EN QUE POR PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD OTRAS CONDUCTAS PUNIBLES QUEDARON EN SUSPENSO MIENTRAS IMPUTADO CUMPLE LOS COMPROMISOS QUE ADQUIRIÓ.**

Es claro para la Colegiatura que el delito de porte ilegal de armas de fuego fue excluido del principio de oportunidad que aplicó la Fiscalía General de la Nación en la modalidad de “suspensión” para las conductas punibles de concierto para delinquir agravado, destinación ilícita de muebles o inmuebles con circunstancia de agravación, y uso de documento falso.

Igualmente no puede ponerse en discusión, que la facultad constitucional de la Fiscalía de suspender la persecución penal y posteriormente extinguir la acción –art. 250 C.N.-, está atada ineludiblemente al cumplimiento por parte del señor César Corrales de servir como testigo en contra de las otras personas que fueron vinculadas al proceso en audiencia de formulación de imputación…

Es indiscutible en consecuencia que por el momento la acción penal se encuentra apenas suspendida por el cúmulo de los restantes delitos que le fueron imputados al señor Corrales Vélez. Lo cual traduce que si el comprometido no rinde el testimonio en la audiencia de juzgamiento contra los otros coimputados… lo que debe proceder es la revocatoria del beneficio que se pretende conceder, y la Fiscalía se verá obligada a impulsar de nuevo el proceso por los restantes reatos ya referidos.

La judicatura ha cumplido con su parte en cuanto en acatamiento precisamente a la Resolución No 156 de febrero 19 de 2018 de la Fiscalía General de la Nación, solo se siguió adelantado lo atinente al delito de porte ilegal de arma de fuego, y se profirió sentencia acorde con los términos del susodicho preacuerdo, por medio de la cual se fijó una pena de 54 meses, como quiera que se reconoció por la complicidad una descuento sustancial consistente en la rebaja de la pena de la sexta parte a la mitad.

Pero ello no quiere decir que al sentenciado se le tenga que reconocer el sustituto de la prisión domiciliaria deprecado, como si el acusado solo estuviese atado a una sola conducta punible; o dicho en otras palabras, como si por los restantes ilícitos se hubiera extinguido la acción penal, cuando se sabe que están vigentes y simplemente fueron suspendidos a la espera del cumplimiento de la colaboración a la cual se comprometió el acusado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, siete (7) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 1111

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Diciembre 10 de 2018. 9:04 a.m. |
| Imputado:  | César Mauricio Corrales Vélez  |
| Cédula de ciudadanía: | 10.002.330 expedida en Pereira (Rda.) |
| Delito: | Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones |
| Bien jurídico tutelado: | La Seguridad Pública  |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira (Rda.)  |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio de octubre 19 de 2018. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- **HECHOS Y PRECEDENTES**

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- En junio 16 de 2015 en el barrio Gamma de esta ciudad, se le incautó al señor CÉSAR MAURICIO CORRALES VÉLEZ un revólver calibre 38 largo, marca Ruger, que llevaba consigo, y respecto del cual exhibió un permiso para su porte, pero luego del análisis de los expertos se estableció que el arma de fuego se encontraba regrabada, era apta para producir disparos, y el permiso para porte no era auténtico.

Coetáneo con lo anterior, se adelantaba investigación en torno a la existencia de una organización criminal denominada “Cordillera” que operaba en esta ciudad, dedicada al tráfico de estupefacientes y a la comisión de homicidios. En la investigación se conoció que al parecer uno de sus integrantes es el señor CÉSAR CORRALES, motivo por el cual se produjo la captura del mencionado.

1.2.- Por esos hechos se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (octubre 14 de 2016), por medio de las cuales: (i) se declaró legal la aprehensión del señor CORRALES VÉLEZ y otros; (ii) al aludido le imputaron las conductas punibles de concierto para delinquir agravado –art. 340 inciso 1 y 2 C.P.-, destinación ilícita de muebles o inmuebles con circunstancia de agravación –art. 377 y 384 num. 1 literal b C.P.-, porte ilegal de armas de fuego –art. 365 inciso 3 C.P.-, y uso de documento falso –art. 291 C.P.-, cargos frente a los cargos el indiciado GUARDÓ SILENCIO, a los otros procesados les imputaron delitos similares; y (iii) no se impuso medida de aseguramiento, y el fiscal interpuso recurso de apelación.

1.3.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira en febrero 24 de 2017 revocó la determinación adoptada por el Juzgado Cuarto Penal Municipal, y ordenó imponer medida de aseguramiento por todos los delitos contra el señor CORRALES VÉLEZ, al igual que para los restantes coautores. En marzo 01 de 2017 el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías impartió legalidad a la captura y libró la correspondiente boleta de detención.

1.4.- Mediante Resolución 156 de febrero 19 de 2018 la Fiscalía General de la Nación aplicó el principio de oportunidad en la modalidad de *suspensión de la acción penal* a favor del señor CÉSAR CORRALES, bajo *inmunidad parcial* respecto de los delitos de concierto para delinquir, destinación ilícita de muebles o inmuebles con circunstancia de agravación, y uso de documento falso. Y ordenó continuar la acción penal por el delito de porte ilegal de arma. En marzo 01 de 2018 el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías aprobó la aplicación del principio de oportunidad.

1.5.- En agosto 01 de 2018, el representante del órgano persecutor dio a conocer que se había llegado a un preacuerdo con el acusado, consistente en que aceptaría su responsabilidad por el delito de porte ilegal de armas, a cambio de que se le reconociera la calidad de cómplice y se fijara la pena en 54 meses. El juez procedió a hacer la verificación respectiva.

1.6.- En audiencia posterior, el juez a quo impartió legalidad a la negociación (octubre 19 de 2018), realizó la individualización de pena y sentencia, y finalmente emitió fallo en los siguientes términos: (i) declaró penalmente responsable a CÉSAR MAURICIO CORRALES VÉLEZ de conformidad con los cargos preacordados y admitidos; (ii) le impuso como sanción privativa de la libertad la de 54 meses de prisión, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal; y (iii) se abstuvo de conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al igual que el sustituto de la prisión domiciliaria.

Específicamente frente a éste último mecanismo, el funcionario indicó que el señor CORRALES VÉLEZ debe continuar en el estado en que se encuentra actualmente, esto es, bajo medida de aseguramiento privativa de la libertad en forma intramural, mientras la Fiscalía adopta las medidas pertinentes con el fin de proveer la seguridad al sentenciado hasta que sea recluido en el establecimiento carcelario. Lo anterior, por cuanto se trata de una persona que se ha comprometido con la Fiscalía a rendir testimonio y a colaborar con la Administración de Justicia.

1.7.- Inconforme con esa decisión la defensa interpuso recurso de apelación, el cual sustentó en forma oportuna de manera escrita, razón por la cual la actuación se remitió al Tribunal para resolver lo pertinente.

**2.- DEBATE**

**2.1.-** Defensa -como recurrente*-*

Soporta su disenso única y exclusivamente en lo atinente a la no concesión a su representado de la prisión domiciliaria, con fundamento en lo siguiente:

El juez de instancia negó la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión con el argumento de que el ciudadano debía permanecer en las mismas condiciones de privación de libertad, dado que la judicatura no podía contrariar la Resolución de la Fiscalía General de la Nación que aplicó el principio de oportunidad en la modalidad de “suspensión”, toda vez que no comportaba en manera alguna la “modificación de la naturaleza de la medida de aseguramiento”; sin embargo, no existe ninguna razón legal o jurídica que así lo impida o prohíba.

Los jueces se encuentran sometidos al imperio de la Constitución y la Ley, por eso la decisión del funcionario es desacertada. La aplicación del principio de oportunidad no influye en este trámite procesal como quiera que son investigaciones que se tramitan por cuerda separada, y la Resolución de la Fiscalía General de la Nación no señaló una prohibición para variar la naturaleza de la medida de aseguramiento, y solo advirtió que la suspensión de la acción penal no comportaba la eventual libertad del acusado.

Su representado cumple los requisitos previstos en el artículo 38B C.P, toda vez que: (i) fue condenado en calidad de cómplice del tipo penal contra la seguridad pública, y la disminución conlleva una pena inferior a los ocho años; (ii) el tipo penal del artículo 365 C.P. no se encuentra en el listado del inciso segundo del canon 68A C.P; (iii) está acreditado el arraigo social y familiar, toda vez que se aportó prueba sumaria del mismo, y si bien al momento de la individualización de pena y sentencia los soportes no fueron trasladados al juez porque no se contaba con ellos, se solicitó que se condicionara el reconocimiento de la pena sustitutiva al momento de signar el acta de compromiso, diligencia en la cual se entregarían los elementos demostrativos del arraigo; y (iv) los demás compromisos tal y como lo prevé la normativa son garantizados con la fijación de una caución por parte del juez.

Solicitó en consecuencia se concediera la prisión domiciliaria señalada en el canon 38B C.P.

**2.2.-** Los sujetos procesales no recurrentes guardaron silencio.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- COMPETENCIA**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y apropiadamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer si en el caso concreto se cumplen los requisitos para que el procesadose haga merecedor al sustituto de la prisión domiciliaria; o, por el contrario, como lo determinó el juez de instancia, el procesado debe continuar bajo privación de la libertad en forma intramural.

**3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la admisión de los cargos por parte del procesado por vía de preacuerdo, donde estuvo debidamente asistido e ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad obran elementos de convicción que determinan que la conducta ilícita que se pregona sí existió y que el hoy involucrado tuvo participación activa en la misma.

El profesional que representa los intereses del señor CÉSAR CORRALES señala que el a quo negó la prisión domiciliaria como pena sustitutiva de la prisión con el argumento de no contrariar la Resolución de la Fiscalía General de la Nación que suspendió la acción penal para los otros delitos que le fueron imputados a su prohijado, cuando el principio de oportunidad excluyó la inmunidad para la conducta punible del porte ilegal de armas por el cual se procesa actualmente.

Es claro para la Colegiatura que el delito de porte ilegal de armas de fuego fue excluido del principio de oportunidad que aplicó la Fiscalía General de la Nación en la modalidad de “suspensión” para las conductas punibles de concierto para delinquir agravado, destinación ilícita de muebles o inmuebles con circunstancia de agravación, y uso de documento falso.

Igualmente no puede ponerse en discusión, que la facultad constitucional de la Fiscalía de suspender la persecución penal y posteriormente extinguir la acción –art. 250 C.N.-, está atada ineludiblemente al cumplimiento por parte del señor **CÉSAR CORRALES** de servir como testigo en contra de las otras personas que fueron vinculadas al proceso en audiencia de formulación de imputación celebrada en octubre 14 de 2016 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías.

Es indiscutible en consecuencia que por el momento la acción penal se encuentra apenas suspendida por el cúmulo de los restantes delitos que le fueron imputados al señor **CORRALES VÉLEZ**. Lo cual traduce que si el comprometido no rinde el testimonio en la audiencia de juzgamiento contra los otros coimputados –art. 324 numeral 5° inciso segundo C.P.P.-, lo que debe proceder es la revocatoria del beneficio que se pretende conceder, y la Fiscalía se verá obligada a impulsar de nuevo el proceso por los restantes reatos ya referidos.

La judicatura ha cumplido con su parte en cuanto en acatamiento precisamente a la Resolución No 156 de febrero 19 de 2018 de la Fiscalía General de la Nación, solo se siguió adelantado lo atinente al delito de porte ilegal de arma de fuego, y se profirió sentencia acorde con los términos del susodicho preacuerdo, por medio de la cual se fijó una pena de 54 meses, como quiera que se reconoció por la complicidad una descuento sustancial consistente en la rebaja de la pena de la sexta parte a la mitad.

Pero ello no quiere decir que al sentenciado se le tenga que reconocer el sustituto de la prisión domiciliaria deprecado, como si el acusado solo estuviese atado a una sola conducta punible; o dicho en otras palabras, como si por los restantes ilícitos se hubiera extinguido la acción penal, cuando se sabe que están vigentes y simplemente fueron suspendidos a la espera del cumplimiento de la colaboración a la cual se comprometió el acusado.

La defensa pretende ahora que se le conceda a su prohijado el sustituto de la prisión en casa bajo el análisis aislado de los requisitos que la ley contempla para el efecto, con desconocimiento de todo el contexto procesal que indica que su protegido aún se encuentra *sub judice* por los restantes compromisos delictuales, que, se repite, solo cesarán en el momento en que cumpla el compromiso que adquirió.

La judicatura no puede desde luego, y en eso el Tribunal acompaña la posición asumida por el juez a quo, tomar decisiones que desconozcan un acto propio de la Fiscalía General de la Nación, ya que en la referida Resolución que aplicó el principio de oportunidad se dejó advertido lo siguiente: “La autorización para la suspensión del ejercicio de la acción penal en este caso, **no comporta en modo alguno, la eventual libertad del procesado, debido a la naturaleza de los hechos investigados, los delitos cometidos y las partes involucradas. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la suspensión de la acción penal es un evento preparatorio de cara a la aplicación efectiva del principio de oportunidad** […]” –negrillas y subrayado excluidos-

Y es que no podía ser de otra manera, porque si la acción penal se encuentra apenas en un suspenso preparatorio por los delitos de concierto para delinquir agravado, destinación ilícita de muebles o inmuebles con circunstancia de agravación, y uso de documento falso, conductas punibles sumamente graves que fueron endilgadas en concurso con el porte ilegal de armas de fuego –por el que se juzga actualmente-, tal situación permite concluir que el acusado no puede acceder a un mayor beneficio del que ya se concedió por vía de preacuerdo, en cuanto es obvio que la pena que se fijó producto de esa negociación está sujeta a un cambio si no se logra el resultado final en la aplicación del principio de oportunidad que le fue concedido, porque en ese caso se daría lugar eventualmente a otro fallo adicional cuya pena debería ser acumulada a la presente.

Así las cosas resultaría equivocado hacer un análisis de los requisitos del artículo 38B C.P. para uno solo de los hechos involucrados, en nuestro caso el porte de arma, cuando en realidad la acción penal para los restantes delitos por los cuales se encuentra procesado el señor **CÉSAR CORRALES** aún están vigentes. De ese modo, el referido estudio para la concesión del sustituto de la pena de prisión quedará condicionado a que se cumplan efectivamente las obligaciones contempladas en el principio de oportunidad que además tendría como efecto la extinción de la acción penal para los delitos que se encuentran bajo inmunidad parcial, caso en el cual el juez que vigile la ejecución de la pena tendrá competencia para analizar los presupuestos normativos y determinar si el sentenciado puede ser merecedor o no de la prisión domiciliaria cuya concesión se solicita.

No sobra indicar, tal cual lo manifestó el señor juez de instancia, que tanto la Fiscalía General de la Nación como el INPEC, deben brindar al justiciable todas las medidas de protección y garantías para su seguridad, con miras a que su colaboración con la Administración de Justicia se haga efectiva.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia condenatoria del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de esta ciudad, en lo que fue materia de apelación.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

El Secretario de la Sala,

**WILSON FREDY LÓPEZ**