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 ARMAS DE FUEGO / PRISIÓN DOMICILIARIA / REQUISITOS LEGALES / ARRAIGO FAMILIAR Y SOCIAL DEL CONDENADO / NO INFLUYE EN SU DETERMINACIÓN LA NATURALEZA, GRAVEDAD O PELIGRO DE LA CONDUCTA DELICTIVA IMPUTADA.**

… los requisitos establecidos en el artículo 38B del CP para conceder la prisión domiciliaria como sustituto de la prisión son: “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; y, 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado”. (…)

… respecto del tercer requisito… según pronunciamiento STP13145-2017 radicado al No 93423 del 23 de agosto de 2017, M.P. Eyder Patiño Cabrera se describe como:

“…«el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes». Por tanto, manifestaciones tendientes a dar preponderancia a la naturaleza y gravedad de las conductas punibles cometidas o, el reproche social que las mismas conllevan, por el peligro que se cierne sobre la comunidad o, la reincidencia en la comisión de conductas delictivas o, acaso, las funciones de la pena, en nada permiten valorar esa condición social (la del arraigo)”. (…)

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 581 del veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, tres (3) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:37 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2017 01313 01 |
| Procesado | LESA |
| Delito | Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 19 de septiembre de 2018. |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia emitida el diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, por medio de la cual se condenó al señor LESA a la pena de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión por la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, y se le concedió el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con el escrito de acusación el supuesto fáctico es el siguiente[[1]](#footnote-1):

*“Mediante diligencia de allanamiento y registro realizada por los PT. GILBERNEY LONDOÑO PATIÑO y PT. DANNY ESTEBAN LÓPEZ, adscritos a la SIJIN de la Policía Metropolitana de Pereira, llevada a cabo el 06 de Abril de 2.017 a partir de las 06:00 horas, con el fin de incautar elementos materiales probatorios que estructuran la conducta delictiva de Fabricación tráfico Porte o Tenencia de Armas de Fuego, expedida por la Fiscalía 33 adscrita a la URI, se llevó a cabo en la residencia ubicada en la carrera 12b Nro. 18E-90 número 12-14 del barrio Pimpollo de esta ciudad, donde fuimos atendidos por el señor SEBASTIÁN VERA GARCÍA, una vez leída el acta de registro se procedió a registrar cada parte del inmueble inicialmente en el primer nivel donde no se halló ningún elemento material probatorio, al ingresar al segundo nivel siendo atendidos por la señora ELSY AGUDELO SALAZAR, propietaria del inmueble quien se encontraba en compañía de tres personas de sexo masculino más, al iniciar el registro se halla en el vestir de la habitación principal entre la ropa de hombre un arma de fuego tipo pistola, calibre 9mm, color plateado, cachas color negro, marca NP 22 con un proveedor con 08 cartuchos calibre 9 mm, sin permiso para porte o tenencia de la misma, seguidamente en otra habitación en un corral para niño se halla una bolsa plástica transparente con 04 cartuchos indumil, en esos momentos se identifican a los moradores de la vivienda como SEBASTIÁN AGUDELO SALAZAR identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.004.685.293de Pereira, CAMILO GRANADA ARDILA identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.020.478.769 de Bello Antioquia y LESA identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.088.334.790 de Pereira, a quienes se les dan a conocer sus derechos como personas capturadas y son dejados a disposición de la Fiscalía URI.*

*El Informe Investigador de Laboratorio - FPJ-3-, calendado el día 06/04/2017, el perito Balística de la SIJIN, SI. ANDERSON BERNAL GALLO, consigna los resultados de la experticia practicada al (los) E.M.P. referido(s) anteriormente, concluyendo:*

*• El arma de fuego tipo Pistola, marca Norinco, modelo NP 22, Numero de seria! Borrado, Calibre 9x19 mm, de fabricación Original por casa con patente registrada y realizada la prueba de estado de funcionamiento, se observó que sus mecanismos realizan el desplazamiento sincronizadamente y la aguja percutora hiere el fulminante del cartucho demostrando con esto que SI ES APTA para realizar disparos.*

*• El proveedor o cargador calibre 9x19 mm, doble carril con capacidad para 16 cartuchos, realizado el análisis y la observación del proveedor o cargador descrito se estableció que es un accesorio de fabricación origina! por casa patente registrada y realizada su estudio de funcionamiento, se observó que sus componentes realizan los desplazamientos sincronizadamente, demostrando con esto QUE SI ES APTO para ser utilizado como cargador de munición para pistolas y compatible con el arma de fuego descrita anteriormente.*

*• Observación de los cartuchos calibre 9x19 milímetros 32 se estableció que son de fabricación original por casa patente registrada, así mismo se observó todos ellos ostentan sus partes necesarias para su normal funcionamiento como lo son vainilla, proyectil, carga de pólvora y fulminante, se establece entonces que se encuentran en BUEN ESTADO de conservación, SON APTOS Y COMPATIBLES, para ser utilizados como unidad básica de! arma de fuego descrita y con el proveedor o cargador descrito.*

*• Realizado el análisis y la observación de los cartuchos calibre 38 Special se estableció que son de fabricación origina por casa con patente registrada. Así mismo se observó todos ellos ostentan sus partes necesarias para su normal funcionamiento como lo son vainilla, proyectil, carga de pólvora y fulminante, se establece entonces que se encuentran en BUEN ESTADO de conservación, SON APTOS Y COMPATIBLES, para ser utilizados como unidad básica de! arma de fuego calibre 38 Special”.*

2.2 El 7 de abril de 2017 el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira llevó a cabo las audiencias preliminares (fls.8-9). En aquella oportunidad el delegado de la FGN le comunicó cargos al señor LESA y a otros dos procesados, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por el cual no aceptó los cargos.

2.3 El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la actuación. El 11 de octubre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (fl. 14). La audiencia preparatoria tuvo lugar el 17 de noviembre de 2017 (fls. 17-18). El 20 de junio de 2018 se instaló audiencia de preacuerdo (fl. 82) al cual se impartió aprobación y se dio lectura el 19 de septiembre de 2019 (fl. 88).

2.4 El representante del Ministerio Público apeló el fallo de primera instancia.

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de LESA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.088.334.790 expedida en Pereira, ciudad donde nació el 23 de abril de 1996, hijo de Elsy, grado de instrucción noveno de bachiller, ocupación estudiante (fls 33-34)

**4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.**

Los fundamentos del fallo de primera instancia en lo que es objeto de recurso se pueden sintetizar así[[2]](#footnote-2):

* *8. MECANISMOS SUSTITUTIVOS*

*Acorde con lo previsto en el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, Son requisitos para el otorgamiento del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, entre otros que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años, en el presente caso la pena impuesta al señor LESA, supera ese quantum punitivo, lo que impide su concesión, siendo innecesario hacer análisis respecto de los demás requisitos allí previstos.*

*Sin embargo ha de tenerse en cuenta en este caso, que la pena de prisión, atendiendo la complicidad que le fue reconocida en virtud del preacuerdo celebrado, que afecta los extremos punitivos de la pena, es inferior a ocho años, quantum mínimo exigido en el artículo 38B del Código Penal, modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, aunado a la carencia de antecedentes penales, para poder acceder al mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, debiendo el sentenciado suscribir diligencia de compromiso, con las advertencias consagradas en el Código Penal, compromisos cuyo incumplimiento conlleva la revocatoria de este beneficio y, en consecuencia, la ejecución intramural de la pena impuesta.”*

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

**5.1 Representante Ministerio Público (Recurrente)**

El Procurador delegado presentó recurso de apelación que en síntesis fue sustentado así:

* Solicitó modificar la decisión para que se disponga la privación en establecimiento de reclusión y que el procesado quede por cuenta de este proceso únicamente cuando recobre la libertad por el asunto inicial en el cual tiene una medida de aseguramiento consistente en privación preventiva de la libertad, por los siguientes argumentos:
* Respecto de la concesión de la prisión domiciliaria expuso que el artículo 38B CP para acceder a la prisión domiciliaria establece como requisitos el arraigo familiar y social. En su criterio el penado no tiene arraigo social como lo son la aceptación de las normas básicas de convivencia, escenario de respeto mínimo por los congéneres y un desempeño en comunidad que indique el acatamiento a las decisiones judiciales.
* Lo anterior si se tiene en cuenta que el procesado fue capturado el 16 de marzo de 2017 y vinculado a una investigación con radicado 2017-00157 por el delito de porte ilegal de armas, además de otra investigación que se radicó con el número 2016-03426 por homicidio.
* Aunado a ello, en este proceso fue capturado en una diligencia de allanamiento el 6 de abril de 2017 por tener un arma de fuego, es decir, 15 días después de la anterior captura y con información importante que dio origen al allanamiento mencionado relacionada con temas de sicariato, lo cual refleja ausencia de cohesión a las normas mínimas de convivencia, por parte del señor LESA.
* Consideró que la decisión de la A quo fue benigna y desconoce los fines de la pena, concretamente el de la prevención especial por falta de arraigo social del procesado, por lo cual pidió la aplicación directa del artículo 38B del CP y que por no cumplirse sus requisitos se disponga en segunda instancia el cumplimiento de la pena en un centro de reclusión.
* Resaltó que el arma de fuego incautada al procesado es de fabricación industrial a la que se le detectó un sofisticado sistema de percusión compatible con la actividad en masa que se expuso desde el primer momento, lo que es indicativo de la necesidad de internación intramural.
* El acusado está privado de la libertad por hechos anteriores, por los cuales había obtenido la libertad y luego se le impuso una medida de aseguramiento privativa de la libertad y si bien esto no es un antecedente si permite establecer un contexto desfavorable respecto del arraigo social del sentenciado.
* Como segundo punto de disenso dijo que en el caso concreto el ciudadano está siendo investigado en otro proceso en el cual tiene una medida de aseguramiento vigente consistente en detención preventiva privativa de la libertad, sin embargo la a quo decidió que otorgaría la prisión domiciliaria y que el penado iba a quedar por cuenta del presente trámite, es decir, no se cumpliría la medida de aseguramiento impuesta previamente.
* Debe tenerse en cuenta que la medida de aseguramiento surgió de un primer proceso y por eso considera que debe seguir cumpliendo la misma, de lo contrario se haría nugatoria la finalidad de la medida impuesta y la juez estaría usurpando la potestad atribuible al otro juez que dispuso la privación de la libertad del incriminado.
* El 7 de abril de 2017 se celebró la audiencia de control de garantías en este proceso y en esa ocasión el delegado de la FGN retiró la solicitud de medida de aseguramiento, por lo tanto estaba en libertad por este trámite, de modo que se debió dejar que la persona cumpliera la medida de aseguramiento y una vez que esta culminara quedara por cuenta de este proceso.

**5.2 Delegado de la FGN (No recurrente)**

Su pronunciamiento como sujeto procesal no recurrente se sintetiza así:

* Estuvo de acuerdo con la petición respecto del cumplimiento de la medida de aseguramiento que le fue impuesta en otro proceso al sentenciado.
* Consideró viable que se confirme la concesión de la domiciliaria porque los otros procesos en contra de este ciudadano están en trámite y no configuran un antecedente penal en su contra y las características del arma que le incautaron no constituyen razones suficientes para revocar la prisión domiciliaria.

**5.3 Defensora (No recurrente)**

La defensora del procesado expuso en síntesis:

* Respecto de la prisión domiciliaria que le fue concedida al procesado dijo que los otros procesos son registros pero no hay antecedentes en contra de su defendido y: i) el trámite relacionado con un homicidio culminó con sentencia absolutoria respecto de otro ciudadano y a su prohijado ni siquiera le imputaron cargos; ii) en el caso de porte de arma de fuego se llevará a cabo una preclusión porque eran cuatro los investigados y el señor LESA no era el que tenía el arma; y, iii) por último, el proceso por porte de estupefacientes tiene que ver con su condición de consumidor como la FGN lo pudo acreditar. Por lo anterior dedujo que el acusado sí cumple los requisitos para que se le conceda la prisión domiciliaria, ya que no presenta antecedentes periciales y tiene arraigo social y familiar.
* Hizo referencia a una captura inicial del procesado que fue declarada ilegal y a que luego se le impuso una medida de aseguramiento que se entiende es la misma a la que se refirió el delegado del Ministerio Público sobre la cual anunció su defensora que pediría su revocatoria.
* En relación con la orden de trasladar de forma inmediata al procesado para que cumpliera prisión domiciliaria en este proceso dijo que no veía inconveniente una modificación en tal sentido, en virtud de la medida de aseguramiento que se le imputó inicialmente.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES.**

**6.1. Competencia**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2. Problema jurídico**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la discusión planteada por el recurrente respecto a la indebida aplicación en el caso *sub lite* del artículo 38B del CP, en el cual se establecen los requisitos para conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión de que trata el artículo 38 del CP.

6.3 En este caso, en la sentencia de primer grado la *A quo* hizo referencia al contenido de esa disposición normativa y tuvo en cuenta que como al encartado le fue degradada su responsabilidad de autor a cómplice la pena se vio afectada en sus extremos punitivos por lo cual se cumple con el primer requisito en tanto la pena es inferior a ocho años y carece de antecedentes penales, en consecuencia concedió el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria mediante la suscripción de diligencia de compromiso.

6.4 Ahora bien lo que pretende el recurrente es que en el caso concreto no se acceda a tal sustituto penal por cuanto consideró no cumplido el requisito tercero del artículo 38B del CP en el entendido que el penado no demostró arraigo social si se tiene en cuenta que tiene otros procesos en etapa de investigación por el mismo punible y por homicidio, además que el arma de fuego le fue encontrada en su vivienda tras una diligencia de allanamiento y registro es de fabricación industrial y con mecanismos sofisticados de percusión.

De otro lado el censor pidió que de confirmarse la decisión esta no prevalezca sobre la medida de aseguramiento que sobre el encartado existe en otro proceso. Sin embargo, es de tener en cuenta, de conformidad con el oficio GESDOC 28-05-2019, de la oficina jurídica del EPMSC de Pereira, que sobre el señor LESA en la actualidad solo existe vigente la detención en su lugar de domicilio en la presente causa (que se debe entender como prisión domiciliaria ya que tiene el mismo radicado) y no existen otras anotaciones vigentes, lo cual en consonancia con lo anticipado por la defensora del procesado en su pronunciamiento frente al recurso propuesto, permite concluir que no existe demostración de la existencia de una medida de aseguramiento de carácter intramural pendiente por su cumplimiento.

6.5 En atención a la argumentación de la recurrente debe decirse que los requisitos establecidos en el artículo 38B del CP para conceder la prisión domiciliaria como sustituto de la prisión son: *“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; y, 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado”.*

6.6 De ese modo, en el caso bajo estudio se tiene que están plenamente acreditados el cumplimiento de los dos primeros requisitos en el entendido que la pena a imponer no supera los ocho años de prisión en razón del grado de participación del procesado y el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones no se encuentra incluido en el inciso 2º del artículo 68A del CP que contiene un listado de exclusiones de los beneficios y subrogados penales.

Ahora, respecto del tercer requisito, quedó acreditado y así lo aceptó el censor que el procesado tiene arraigo familiar. No obstante, como el motivo del recurso es la presunta falta de arraigo social, por lo cual es necesario establecer el concepto de este componente, mismo que según pronunciamiento STP13145-2017 radicado al No 93423 del 23 de agosto de 2017, M.P. Eyder Patiño Cabrera se describe como:

*“Como ya ha tenido oportunidad de explicarse por la Corte (CSJ SP918–2016, 3 feb. 2016, rad. 46647), el raciocinio desplegado por los juzgados tutelados comporta una falsa motivación, habida cuenta que implica una «falacia de inatinencia», también conocida como «ignoratio elenchi», la que se comete cuando un razonamiento que se supone dirigido a establecer una conclusión en particular, es usado para probar una conclusión diferente[[3]](#footnote-3). Esta situación, como toda falacia, invalida el argumento y, por consiguiente, deja a la decisión desprovista de motivación.*

*Como el punto nodal de disentimiento de los despachos demandados, frente a la petición del penado, es lo concerniente a la acreditación del «arraigo social», en la providencia en cita, se señala que por arraigo se comprende «el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes». Por tanto, manifestaciones tendientes a dar preponderancia a la naturaleza y gravedad de las conductas punibles cometidas o, el reproche social que las mismas conllevan, por el peligro que se cierne sobre la comunidad o, la reincidencia en la comisión de conductas delictivas o, acaso, las funciones de la pena[[4]](#footnote-4), en nada permiten valorar esa condición social (la del arraigo).*

*Al respecto, también se ha dicho (CSJ SP6348–2015, 25 may. 2015, rad. 29581):*

*La expresión arraigo, proveniente del latín ad radicare (echar raíces), supone la existencia de un vínculo del procesado con el lugar donde reside, lo cual se acredita con distintos elementos de juicio, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades […].*

*Por otro lado, de las razones aducidas por los accionados para negar la prisión domiciliaria en el presente caso, subyace una regla del todo inadmisible, que de ninguna manera ha sido establecida legislativamente, a saber, que la mera comisión de los delitos de homicidio (consumado y tentado), fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones, falsedad material en documento público, falsedad personal y utilización ilegal de uniformes o insignias[[5]](#footnote-5), excluye la posibilidad de concesión.*

*Sin desconocer la mayúscula gravedad de tales conductas, dígase que su cometimiento no deja desprovisto al autor de la mentada condición social, pues recuérdese que el arraigo se relaciona con el vínculo –en este caso del sentenciado–, con el lugar donde reside o residirá, y no de la zozobra e intranquilidad de la comunidad o, de la amenaza que constituye para la sociedad el otorgamiento del subrogado penal de la prisión domiciliaria, categorías distintas al actual instituto jurídico en estudio (establecido en los artículos 38B y 38G del CP) y que más bien se inscriben en el modificado artículo 38 (antes de la reforma introducida por la Ley 1709 de 2014) del mismo estatuto sustantivo de las penas, como quiera que allí sí se decía: «que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena».”* (Subrayas ex texto).

Entonces, de conformidad con lo que dispone el concepto jurisprudencial antedicho, aunado a que frente a la decisión de la *A quo* el delegado de la FGN manifestó estar de acuerdo con la decisión respecto del sustituto concedido, era procedente acceder al mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria en el entendido que el procesado cumple con todos los requisitos que la normatividad penal prevé para tal beneficio.

6.6 En consecuencia se entiende que le asistió razón a la juez de primer grado para conceder el sustituto en mención, en aplicación de los artículos 38 y 38B del CP, por lo cual se impartirá confirmación a la sentencia recurrida.

6.7 En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta colegiatura no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta al procesado, ya que ese acápite de la sentencia no fue objeto del recurso de apelación.

6.8 Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira en contra del señor LESA del 19 de septiembre de 2018, en lo que fue objeto de impugnación.

**SEGUNDO**: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 4-5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 87 [↑](#footnote-ref-2)
3. Copi M., Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*, 8ª edición, México, Limusa, 1997, pág. 141. [↑](#footnote-ref-3)
4. En síntesis, todas ellas fueron las esgrimidas por los juzgados demandados para negar la prisión domiciliaria. [↑](#footnote-ref-4)
5. De acuerdo al expediente, por todos ellos purga pena el actor. [↑](#footnote-ref-5)