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: TENTATIVA DE HOMICIDIO / PRISIÓN DOMICILIARIA / REQUISITOS / PENA MÍNIMA DE 8 AÑOS DE PRISIÓN / NO EN CONCRETO, SINO LA PREVISTA DE MANERA GENÉRICA EN LA LEY PARA EL DELITO / NO INCIDEN LOS DESCUENTOS PUNITIVOS.**

… los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con expresar su inconformidad con el reconocimiento en favor del procesado… de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria…

… la prisión domiciliaria es una pena sustitutiva de la pena de prisión debido a que con la misma ocurre un cambio en lo que corresponde con el sitio de reclusión del reo, el cual no será la prisión intramural…

Para su procedencia, en lo que tiene que ver con su modalidad básica…, se exige, entre otros, el cumplimiento de los siguientes requisitos objetivos:

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. (…)

El Juzgado de primer nivel se fundamentó en el monto de la pena de prisión impuesta al procesado como consecuencia de los descuentos punitivos que le fueron reconocidos por aceptar los cargos enrostrados en su contra, desconociendo que esos descuentos punitivos no operan para la procedencia de la pena de prisión domiciliaria porque los mismos no afectan la estructura de la conducta punible por fungir a modo de circunstancias postdelictuales, las que, como se sabe, no guardan relación alguna con la conducta punible y que por ende no podían ser tenidas en cuenta como factores modificadores los limites punitivos…

En tal sentido, de vieja data, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Las conclusiones a las que llegó la Corte en estas decisiones, son en síntesis las siguientes: (1) que la sanción a tener en cuenta no es la aplicable al procesado en el caso concreto, sino la prevista de manera abstracta para la conducta punible en el tipo penal respectivo; (2) que por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian…”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobada mediante acta # 104

Pereira, quince (15) de febrero de dos mil veintidós (2.022)

Hora: 1:40 p.m.

Procesado: LARG

Delito: Homicidio en grado de tentativa en concurso con tráfico de armas de fuego.

Rad. # 66170 60 00 066 2018 01306 02

Proviene: Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria. Requisitos para acceder a la prisión domiciliaria.

Temas: Improcedencia de la prisión domiciliaria cuando la pena del delito se disminuye como consecuencia de la presencia de circunstancias post-delictuales

Decisión: Modifica el fallo recurrido

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por la Delgada de la F.G.N. en contra de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2.020 por parte del Juzgado 2° Penal del Circuito de Dosquebradas dentro del proceso que se adelantó en contra del ciudadano LARG, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión de los delitos de tentativa de homicidio y tráfico o porte armas de fuego de defensa personal.

**ANTECEDENTES:**

De conformidad con lo señalado en el escrito de acusación, los hechos tuvieron ocurrencia el día 19 de julio de 2.018 a eso de las 14:38 horas, en el barrio Campestre A, manzana 11, casa 1, del municipio de Dosquebradas, y están relacionados con una agresión, que mediante el uso de un arma de fuego, el ciudadano LARG efectuó en contra de los Sres. JUAN PABLO MONCADA GALVIS alias “Ñao” y CARLOS ARTURO CORREA apodado “Pío”.

Como consecuencia del accionar reprochado al Sr. LARG, resultó gravemente herido JUAN PABLO MONCADA GALVIS, quien fue impactado por un proyectil accionado con un de arma de fuego en la región del mesogastrio, con presencia de tatuaje y orificio de salida en la región lumbar derecha, lo que generó múltiples lesiones en el intestino delgado y del íleon, que le generaron una incapacidad médico-legal provisional de 90 días.

Según se aduce en el escrito de acusación, las razones por las cuales el Sr. LARG la emprendió a balazos en contra de los Sres. JUAN PABLO MONCADA GALVIS y CARLOS ARTURO CORREA, se debieron a que estos últimos lo estuvieron increpando porque Él fue la personas que los había “sapiado” con las autoridades, ante lo cual el último LARG les advirtió que era mejor que se quedaran “callados”, y ante tal amenaza aquellos lo confrontaron lo que originó el enojó de LARG, quien se dirigió hacia su vivienda de dónde sacó un arma de fuego con la cual regresó al sitio en el que se encontraban JUAN PABLO MONCADA GALVIS y CARLOS ARTURO CORREA. El señor CARLOS ARTURO CORREA tuvo la oportunidad de huir, pero esa misma suerte no la tuvo el señor MONCADA GALVIS ya que este permanecía sentado, situación que aprovechó el victimario para accionar esa arma en su contra, generándole una herida abdominal.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 22 de agosto de 2.019 ante el Juzgado Primero Penal Municipal, con Funciones de Control de Garantías, de Dosquebradas, diligencia en la cual se le imputó cargos al señor LARG por las conductas punibles de homicidio en grado de tentativa (art. 103 y 27 del C.P.), y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 35 del C.P.), lo cuales no fueron aceptados por el procesado.
2. Presentado el escrito de acusación, el proceso fue asignado por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, el cual instaló la audiencia de formulación de acusación el 19 de noviembre de 2.019, y en aquella oportunidad la delegada de la F.G.N. le puso en conocimiento del Juez de primer grado que había llegado a un preacuerdo con el acusado, el cual consistía en degradar su grado de participación de autor a cómplice, pactando una pena de 68 meses de prisión, los cuales correspondían a 54 meses por el delito competido en contra de la seguridad pública y de 14 meses por el reato de homicidio en grado de tentativa.
3. El 3 de febrero de 2.020 el juzgado de conocimiento impartió aprobación a esa negociación y procedió a emitir el sentido del fallo de carácter condenatorio, providencia frente a la cual el Representante de las Víctimas y el Delegado del Ministerio Público presentaron el recurso de apelación, ante su inconformidad por el reconocimiento del atenuante punitivo de complicidad con lo cual se obtendría un descuento punitivo considerable. Dicha alzada fue desatada por esta Corporación a través de providencia del 21 de abril de 2.020, mediante la cual revocó el proveído opugnado.
4. En diligencia del 29 de septiembre de 2.020, la fiscal del caso puso en consideración del *A quo* un nuevo preacuerdo consistente en que el señor LARG aceptaría los cargos y que como contraprestación recibiría un descuento punitivo de 1/3 de la pena a imponer con base en lo dispuesto en el artículo 352 del C.P.P. tasando la pena en 84 meses de prisión, de los cuales 72 correspondían al delito de porte de armas y los 12 meses restantes a la conducta punible de homicidio en grado de tentativa.
5. El 5 de noviembre de 2.020 se llevó a cabo la audiencia en mediante la cual el Juzgado de primer nivel aprobó el preacuerdo y emitió el sentido del fallo condenatorio. Posteriormente el 20 de noviembre de 2.020 se profirió la sentencia, frente a la cual se alzó la F.G.N.
6. Es de anotar que el apoderado de las víctimas también interpuso un recurso de apelación en contra del fallo proferido por el Juzgado *A quo,* pero esa alzada fue declarada desierta por no haber sido sustentada.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como se sabe, se trata de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2.020 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante la cual el procesado LARG fue condenado a purgar una pena de 84 meses de prisión, como consecuencia de haber sido declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión de los delitos de tentativa de homicidio y tráfico o porte armas de fuego de defensa personal.

En dicho fallo, por cumplirse con los requisitos de ley, se le reconoció al acusado el disfrute de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria bajo el mecanismo de vigilancia electrónica y con el condicionamiento del pago de una multa equivalente a 1 s.m.l.m.v. y a la suscripción de la respectiva diligencia de compromiso.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el Juzgado de primer grado para declarar la responsabilidad criminal del encartado, se basaron en la decisión de aquel de aceptar los cargos y pactar un preacuerdo con la Fiscalía, sumado a las pruebas habidas en la actuación, las cuales satisfacían los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria.

Por otra parte, en lo que atañe a los motivos para concederle a la procesada el disfrute del sustituto penal de la prisión domiciliaria, el Juzgado de primer nivel expuso que se satisfacían a cabalidad con los requisitos dispuestos en los numerales 1° y 3° del artículo 38B del C.P. puesto que la sanción impuesta no supera los 8 años de prisión, fuera de que los delitos enrostrados al señor LARG no se encuentran enlistados en el artículo 68A ibidem, y aunado a ello, el acusado cuenta con arraigo.

**LA ALZADA:**

La F.G.N. argumentó su inconformidad con la decisión de primer nivel señalando que no se cumplían con los requisitos para que al procesado se le concediera la prisión domiciliaria, ya que acorde con lo previsto en el artículo 38B del C.P. era preciso tener en cuenta que al procesado LARG fue condenado por dos delitos que superaban ampliamente los 8 años de prisión a los que hace alusión la norma en comento, de lo cual se concluye que en el caso concreto no se satisface la exigencia de la norma en comento.

Adicionalmente expuso en el caso de que se acceda a los planteamientos efectuados por la Defensa, los cuales fueron acogidos por el *A q*uo en la sentencia recurrida, los preacuerdos irradiarían efectos nocivos para la administración de justicia, al concederse beneficios exagerados tal y como se advirtió en la SU-479 de 2.019.

Finalmente solicitó que se revocara en fallo en lo referente a la concesión del beneficio referido.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que pueda incidir para que esta Colegiatura de manera oficiosa proceda a decretar la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con el contenido de las tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, de la misma, como problema jurídico, se desprende el siguiente:

¿Se cumplían con los requisitos necesarios para que la pena de prisión intramural impuesta al procesado LARG, como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado en su contra, pudiera ser substituida por prisión domiciliaria?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con expresar su inconformidad con el reconocimiento en favor del procesado LARG de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, considera la Sala pertinente hacer un somero y breve estudio sobre las características del susodicho subrogado punitivo, para luego determinar si en efecto el Juzgado *A quo* estuvo o no atinado en la decisión opugnada.

En ese orden de ideas tenemos que la prisión domiciliaria es una pena sustitutiva de la pena de prisión debido a que con la misma ocurre un cambio en lo que corresponde con el sitio de reclusión del reo, el cual no será la prisión intramural sino el lugar en donde el condenado tenga su residencia o morada.

Para su procedencia, en lo que tiene que ver con su modalidad básica, acorde con lo reglamentado por el artículo 38B C.P. (subrogado por el artículo 22 de la Ley 1.709 de 2.014), se exige, entre otros, el cumplimiento de los siguientes requisitos objetivos:

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.

Al aplicar lo anterior al caso en examen, observa la Sala que el Juzgado de primer nivel, acorde con el monto de la pena principal impuestas al procesado, la que correspondió a 84 meses de prisión, las cuales fueron una consecuencia de los descuentos punitivos que se le otorgaron por someterse a la modalidad de la terminación abreviada de los procesos penales de los preacuerdos, llegó a la conclusión consistente en que se satisfacía con el requisito punitivo requerido para la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria, por cuanto la pena impuesta por los delitos por los cuales se declaró el compromiso penal del procesado no excedía de los ocho años de prisión.

Frente a lo anterior, considera la Colegiatura que el Juzgado *A quo* incurrió en un dislate, porque, tal y cual como lo reclama la Fiscalía en la alzada, en el presente asunto no se satisfacían con los requisitos punitivos para que al procesado LARG le fuera concedida la prisión domiciliaria.

Decimos lo anterior por lo siguiente:

* Los delitos por los cuales se declaró la responsabilidad criminal del procesado, o sea los reatos de tentativa de homicidio y tráfico o porte armas de fuego de defensa personal, en sus penas mínimas son sancionados con penas que exceden los ocho años de prisión.

Así tenemos que el delito de tentativa de homicidio, tipificado en los artículos 103 y 27 C.P. es sancionado con una pena mínima de 104 meses de prisión, que equivaldría a 8 años y 8 meses. Mientras que el delito de tráfico o porte armas de fuego de defensa personal, tipificado en el artículo 365 C.P. es sancionado con una pena mínima de 108 meses de prisión, que corresponderían a nueve años.

* El Juzgado de primer nivel se fundamentó en el monto de la pena de prisión impuesta al procesado como consecuencia de los descuentos punitivos que le fueron reconocidos por aceptar los cargos enrostrados en su contra, desconociendo que esos descuentos punitivos no operan para la procedencia de la pena de prisión domiciliaria porque los mismos no afectan la estructura de la conducta punible por fungir a modo de circunstancias postdelictuales, las que, como se sabe, no guardan relación alguna con la conducta punible y que por ende no podían ser tenidas en cuenta como factores modificadores los limites punitivos como de manera errada lo hizo el Juzgado *A quo*.

En tal sentido, de vieja data, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Las conclusiones a las que llegó la Corte en estas decisiones, son en síntesis las siguientes: (1) que la sanción a tener en cuenta no es la aplicable al procesado en el caso concreto, sino la prevista de manera abstracta para la conducta punible en el tipo penal respectivo; (2) que por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian, y que modifican los extremos punitivos establecidos en la norma; y (3) que las circunstancias que sean tenidas en cuenta para incrementar la pena, deben haber sido imputadas en la resolución de acusación.

En relación con las circunstancias y modalidades conductuales concurrentes, que alteran los extremos punitivos de la conducta, y deben por tanto ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta, han sido señalados, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y complicidad), las modalidades de comportamiento previstas en la parte general del código (como la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira e intenso dolor; el exceso en las causales de justificación), y las específicas de cada tipo penal en particular, que amplían o reducen su ámbito de punibilidad (como las previstas para el hurto en los artículos 241, 267 y 268 del Código Penal).

En cambio, quedan por fuera todos aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta punible, por no encontrarse vinculados con su ejecución, sino con actitudes postdelictuales del procesado, cuya concurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada, como por ejemplo la confesión, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la sentencia anticipada, o la retractación en el falso testimonio.

**En síntesis, por conducta punible para efectos de lo dispuesto en el artículo 38 numeral 1° del Código Penal, ha de entenderse la conducta propiamente dicha, con las circunstancias modales, temporales o espaciales que la califican o privilegian, o que de alguna manera los especifican, cuya concurrencia tiene la virtualidad de incidir en el ámbito de movilidad punitivo previsto por el legislador, en cuanto determina la variación de sus extremos mínimo y máximo, como ocurre con los dispositivos amplificadores del tipo, la atenuante de la ira o intenso dolor, y demás hipótesis relacionadas a manera de ejemplo….”[[1]](#footnote-1).**

Por lo considerado en los párrafos precedentes, la Sala estima que en el caso *subexamine* no resulta acertado lo decidido por el Juzgado de primer nivel, puesto que no se satisfacen los requisitos para que el procesado LARG pudiera acceder a la sustitución de la pena prisión intramural por prisión domiciliaria.

Siendo así las cosas, la Sala modificara el fallo opugnado en el sentido de revocar el disfrute de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria que le fue concedida al procesado LARG.

En cumplimiento de lo anterior, por Secretaría, una vez se encuentre en firme el presente fallo de 2ª instancia[[2]](#footnote-2), se oficiará al INPEC para que procedan a trasladar al procesado LARG desde su domicilio hacia el establecimiento penitenciario que designe dicha Entidad.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la celebración de la audiencia para enterar a las partes e intervinientes de lo resuelto y decidido mediante el presente proveído, la Sala se abstendrá de hacerlo como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo # 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, por lo que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo # 806 de 2.020[[3]](#footnote-3).

Por lo expuesto en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** en contenido de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2.020 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado LARG por incurrir en la comisión de los delitos de tentativa de homicidio y tráfico o porte armas de fuego de defensa personal, en el sentido de revocar el disfrute de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria que le fue concedida al procesado de marras.

**SEGUNDO: OFICIAR** por Secretaría al INPEC para que una vez se encuentre en firme el presente fallo de 2ª instancia, procedan a trasladar a la mayor brevedad posible al procesado LARG desde su domicilio hacia el establecimiento penitenciario que designe dicha Entidad.

**TERCERO: DISPONER** como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, que la notificación de la presente providencian se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

**CUARTO: DECLARAR** que en contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado por los legitimados para recurrir dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 31 de agosto de 2.005. Rad. # 21720. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-1)
2. Lo cual es una consecuencia del principio de la afirmación de la libertad, si se tiene en cuenta que en contra del procesado no se impuso ningún tipo de medida de aseguramiento. [↑](#footnote-ref-2)
3. En tal sentido se puede consultar la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2.020 por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.), dentro del Rad. # 58318. AP3042-2020, así como lo resuelto por la C.S.J. Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas #1, en la Sentencia del 24 de agosto 2021. STP10780-2021. Rad. # 118709, en las cuales se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto # 806 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-3)