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 DE ARMAS DE FUEGO / PRISIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTO DE LA PRISIÓN INTRAMURAL / REQUISITO: NO HABER SIDO CONDENADO POR DELITO DOLOSO DENTRO DE LOS CINCO AÑOS ANTERIORES / DICHO TÉRMINO SE CUENTA RESPECTO DE LA FECHA DE COMISIÓN DEL DELITO POR EL CUAL SE LE IMPUSO LA PRIMERA CONDENA Y NO DESDE LA FECHA DE EJECUTORIA DE ESTE FALLO.**

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 inciso 1º del artículo 68A del CP, mediante el cual se excluye el beneficio de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

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 el encartado había sido condenado por una conducta delictiva dolosa mediante sentencia del 10 de agosto de 2015, lo que constituyó la exclusión del sustituto invocado por la defensa. (…)

Respecto de las prohibiciones contenidas en el artículo 68A del CP, concretamente las del inciso primero, la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 26 de agosto de 2015, número de providencia SP11235-2015, radicado 45927 M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, dirimió:

*“No obstante, en relación con lo dispuesto en el primer inciso de la norma, la Sala entiende que la prohibición de conceder beneficios y subrogados allí establecida sólo puede producir efectos cuando la persona que es sentenciada en un proceso ha sido condenada por delito doloso dentro de los cinco años anteriores, siempre que los hechos que motivan la primera condena sean anteriores a la comisión del delito por razón del cual se profiere la segunda”. (…)*

En atención a la argumentación del recurrente debe decirse que contrario a lo que concibe la defensa el argumento central del precedente consultado estableció que la prohibición de conceder beneficios y subrogados penales, entre los cuales se incluyó el sustituto invocado tiene sus efectos cuando los hechos que dieron lugar a la primera condena son previos al delito que motivó la segunda condena.

Lo anterior quiere decir que el análisis debe versar sobre la fecha en la cual el condenado incurrió en la conducta punible por la cual fue condenado por una sentencia previa a la de la presente causa y no, como lo requiere el censor, que la prohibición derive de la fecha de ejecutoria de la primera sentencia.

**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. 222 del seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, ocho (8) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:02 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 058 2015 00234 01 |
| Procesado | JEEC |
| Delito | Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira  |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 28 de septiembre de 2018. |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor JEEC, contra la sentencia emitida el dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, por medio de la cual se le condenó a la pena de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión por la conducta punible de Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones sin derecho a la sustitución de la ejecución de la pena.

**2. ANTECEDENTES**

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

*“Se tiene que el día 10 de abril del 2015, Se realizó diligencia de allanamiento y registro al bien inmueble ubicado en la avenida Juan V Gutiérrez carrera 17 kilómetro 1, Finca Nogales de la municipalidad de Pereira, al tocar la puerta fueron atendidos por el señor JEEC y la señora JULIANA JARAMILLO, se le entero del motivo de la diligencia, se le dio a conocer al señor JEEC de la orden de captura impartida en su contra por el delito de concierto para delinquir Agravado, se procede a iniciar el registro del inmueble, hallando en la habitación principal en un cajón del closet un revolver de fabricación industrial, marca Escorpio numero interno 390, numero externo IM6390 E, niquelado, con cachas ortopédicas, manifestando el señor JEEC no tener ningún documento para legalizar la tenencia del artefacto bélico, asimismo se halló en el mismo closet un arma de fuego tipo escopeta Marca Mosberg, numero serie K867075, calibre 12 mm, y un revolver Marca Ruger calibre 38 con número de serie 04504, ambas armas de fuego con su respectivo permiso para porte No. 1707083 el revolver permiso No 1595741, permisos que fueron exhibidos por el señor JEEC y constatados en el CINAR, se procedió con el registro hallando en la misma habitación principal debajo del closet una caja de cartón en cuyo interior se hallaron 238 cartuchos para escopeta calibre 12 y 12 cartuchos calibre 38 para revolver, estos elementos son incautados, no se hallaron más elementos materiales probatorios una vez se culmina el registro. El capturado JEEC es dejado a disposición de la fiscalía para su judicialización.*

*En el Informe Investigador de Laboratorio - FPJ-3-, calendado el día 10-04-2015, el Balístico del Departamento de Policía Risaralda SIJIN -DERIS IT. LUIS DANIEL TORRES ORTIZ, consigna los resultados de la experticia practicada al E.M.P. referido anteriormente:*

*(3.1) ARMA DE FUEGO*

*• Tipo Revolver, calibre 38 special, Marca Llama, numero serial IM 6390E, numero interno 390,....INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS: Se estableció es un arma de fuego de fabricación original por casa con patente registrada y realizada la prueba de estado de funcionamiento, se observó sus mecanismos realizan su desplazamiento sincronizadamente y la aguja percutora hiere el fulminante del cartucho, demostrando con esto que SÍ ES APTA para realizar disparos.*

*Confrontando la anterior experticia con los lineamientos legislativos contenidos en el Decreto 2535 de 1993, se establece que el (los) E.M.P. encuadra(n) dentro de lo previsto en el Literal "a" del Art. 11 de la norma en comento, como ARMA(s) DE DEFENSA PERSONAL. (…)”*

2.2 Entre los días 10 al 12 de abril de 2015, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, llevó a cabo las audiencias preliminares (folios 6-9). En aquella oportunidad el delegado de la FGN le comunicó cargos al señor JEEC por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por el primero aceptó los cargos y el segundo no fue aceptado (folio 8).

2.3 El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la actuación. El 17 de febrero de 2015 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (folio 19). La audiencia preparatoria tuvo lugar el 7 de noviembre de 2017 (folio 27). El 14 de septiembre de 2018 el Juzgado impartió aprobación a un preacuerdo (folio 78). Las audiencias de individualización de pena y de sentencia y de lectura del fallo acontecieron el 28 de septiembre de 2018 (folios 79-82).

2.4 La defensa del procesado apeló el fallo de primera instancia.

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de JEEC, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.288.620 expedida en Manizales (Caldas), nacido el 6 de septiembre de 1970 en la misma ciudad, es hijo de Mariela y Gilberto, grado de instrucción universitario, de profesión agricultor (Folios 48-49).

**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):

* *El artículo 63 del Código Penal establece los requisitos que deben cumplirse a cabalidad para suspender condicionalmente la ejecución de la pena. A través de la modificación que a esta norma introdujo el artículo 29 de la ley 1709 de 2014, quedó establecido que es probable concederlo cuando la pena que se impone no supere 4 años de prisión. De modo que en este caso es imposible reconocerlo porque la que se ordena supera ese tope.*
* *Sobre la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, el cual fue pedido de manera explícita por la defensa, hay que decir que pese a que se trata de un delito que por la forma en que quedó planteada la negociación queda con un mínimo de pena inferior a ocho años de prisión no se dan todas las condiciones para proveer sobre lo así solicitado.*
* *Y es que el artículo 68 A del Código Penal de manera expresa consagra que: "no se concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que ésta sea efectiva cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco años anteriores'.*
* *Siendo entonces que a pesar de lo discurrido por la defensa, el señor JEEC incurrió en una conducta delictiva que generó que el pasado 10 de agosto de 2015 se le dictara una sentencia condenatoria, donde claramente se advierte que dentro de los cinco años anteriores fue condenado por delito doloso, resulta inviable que el despacho acceda a las pretensiones sustentadas por la defensa de otorgarle la prisión domiciliaria.*

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

**5.1 DEFENSOR (Recurrente)**

El defensor del señor JEEC presentó recurso de apelación que en síntesis fue sustentado así:

* La  *a quo* negó el derecho invocado -Prisión Domiciliaria- argumentando que tal no procedía por cuanto el Artículo 68A del CP, excluye de este beneficio a las personas que hayan sido condenadas por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, por lo cual se equivocó en su apreciación de los hechos, lo que condujo a que le diera una interpretación indebida del contenido del precepto legal, en este caso al artículo 68A de la ley sustantiva penal porque para el día 10 de abril de 2015, el acusado estaba siendo investigado por parte de la Fiscalía 21 especializada de Medellín por el delito de Concierto para delinquir agravado, por ese motivo se ordenó su captura, y para hacerla efectiva se dispuso el allanamiento y registro a su casa de habitación, procedimiento en el cual se halló un arma de fuego de defensa personal para la cual el acusado carecía del permiso para tenencia.
* Esa situación fáctica legitimó al delegado Fiscal, para comunicarle cargos en una sola audiencia, por un concurso homogéneo de hechos punibles reglados en los artículos 344 y 365 del CP., dada la unidad de tiempo y espacio en que se presentaron los hechos jurídicamente relevantes, es decir, que por tratarse de delitos conexos debían investigarse y juzgarse conjuntamente.
* El acusado decidió aceptar parcialmente cargos y se produjo la ruptura de la unidad procesal al tenor de lo reglado en el numeral 4º del artículo 53 CPP., lo que conllevó a la sentencia condenatoria adiada al 10 del mes de agosto del año 2015, misma que cobró ejecutoria tanto formal como material el mismo día en que se dio lectura a la misma.
* A este antecedente penal es al que alude la *a quo* y en el cual se apoya para argumentar la negativa de la prisión domiciliaria en el presente asunto, argumento que además de inaceptable, es inaplicable ya que desconoce el hecho según el cual para que se le pueda dar valor suasorio a ese antecedente es necesario que el nuevo delito se realice en fecha posterior a la fecha en que quedó en firme la sentencia que se pronuncia con motivo del ilícito anterior, hecho que no ocurrió en este asunto.
* La sentencia por concierto para delinquir se dio el día 10 de agosto de 2015 mientras que el ilícito de porte ilegal de armas se consumó el día 10 de abril del año 2015; es decir, que el hecho punible se produjo antes de que se profiriera la sentencia de primera instancia por lo que para este caso no hubo actualidad en el delito porque sigue siendo un delincuente primario.
* Citó la sentencia SP 11235 de 2015 - Radicado 45927 M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, precedente del cual inquirió su observación por ser vinculante al provenir del órgano de cierre en materia penal cuya función es unificar la jurisprudencia, limitando la discrecionalidad de la *a quo* ya que su contenido es congruente con lo expuesto en este recurso.
* Solicitó revocar en su totalidad la decisión y reconocer la sustitución de prisión intramural por la del lugar de residencia en atención a que el procesado reúne los presupuestos de orden objetivo y subjetivo para su concesión.

**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 inciso 1º del artículo 68A del CP, mediante el cual se excluye el beneficio de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

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 el encartado había sido condenado por una conducta delictiva dolosa mediante sentencia del 10 de agosto de 2015, lo que constituyó la exclusión del sustituto invocado por la defensa.

6.4 Ahora bien lo que pretende el recurrente es que en el caso concreto no se dé aplicación al inciso 1º del artículo 68A del C.P, que establece la citada restricción en materia de sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria, para lo cual planteó que la primera sentencia condenatoria, es decir la que conllevó a que la *a quo* no accediera a la petición de la defensa, resultó ejecutoriada con posterioridad a la fecha en la cual tuvo ocurrencia el punible que derivó en la segunda sentencia, es decir la que corresponde al presente proceso, por lo que de conformidad con su tesis defensiva para el momento en que el procesado fue sorprendido en su vivienda con un arma de fuego para la cual no tenía el respectivo permiso este aún era un delincuente primario y no un reincidente por no tener, insiste para la fecha de la comisión del hecho, ninguna sentencia condenatoria en su contra.

Aunado a ello el censor sustentó su pedimento en un pronunciamiento jurisprudencial que pasa a analizarse toda vez que para esta Corporación se le dio una interpretación ambigua.

Respecto de las prohibiciones contenidas en el artículo 68A del CP, concretamente las del inciso primero, la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 26 de agosto de 2015, número de providencia SP11235-2015, radicado 45927 M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, dirimió:

*“No obstante, en relación con lo dispuesto en el primer inciso de la norma, la Sala entiende que la prohibición de conceder beneficios y subrogados allí establecida sólo puede producir efectos cuando la persona que es sentenciada en un proceso ha sido condenada por delito doloso dentro de los cinco años anteriores, siempre que los hechos que motivan la primera condena sean anteriores a la comisión del delito por razón del cual se profiere la segunda.*

*De lo contrario, es decir, de admitirse que la exclusión de beneficios en comento es aplicable también cuando los hechos que dieron lugar a la primera providencia son posteriores a los que soportan el segundo fallo de condena, se estarían produciendo efectos perjudiciales para el reo con fundamento en una situación fáctica inexistente al momento de la perpetración del ilícito.*

*En esa comprensión, la prohibición prevista en el primer inciso del artículo precitado será aplicable siempre que i) la persona haya sido condenada dentro de los cinco años anteriores; ii) por delito doloso y; iii) por hechos cometidos con anterioridad a la fecha de la conducta punible por la cual se profiere sentencia en la segunda actuación.”* (Subrayado fuera del texto original).

6.5 En atención a la argumentación del recurrente debe decirse que contrario a lo que concibe la defensa el argumento central del precedente consultado estableció que la prohibición de conceder beneficios y subrogados penales, entre los cuales se incluyó el sustituto invocado tiene sus efectos cuando los hechos que dieron lugar a la primera condena son previos al delito que motivó la segunda condena.

Lo anterior quiere decir que el análisis debe versar sobre la fecha en la cual el condenado incurrió en la conducta punible por la cual fue condenado por una sentencia previa a la de la presente causa y no, como lo requiere el censor, que la prohibición derive de la fecha de ejecutoria de la primera sentencia.

Lo antedicho toda vez que la finalidad normativa tiene su origen en desincentivar la reincidencia de delitos dolosos mediante la prohibición de alternativas de libertad.

6.6 De ese modo, en el caso bajo estudio se tiene que: i) el día 10 de abril de 2015 se llevó a cabo una diligencia de allanamiento y registro al inmueble habitado por el señor JEEC; ii) la finalidad de ese procedimiento[[3]](#footnote-3) era dar cumplimiento a una orden de captura expedida contra el citado ciudadano por el punible de concierto para delinquir, incautar armas de fuego, estupefacientes u otros objetos que puedan ser constitutivos de delito; iii) en medio de la diligencia encontraron en el inmueble varias armas de fuego, una de las cuales no contaba con el respectivo permiso de tenencia expedido por autoridad competente; iv) al señor JEEC le fueron imputados cargos por los delitos de concierto para delinquir y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego; v) el investigado aceptó cargos por el punible de concierto para delinquir por lo cual fue condenado mediante sentencia del 10 de agosto de 2015; vi) por sentencia del 28 de septiembre de 2018 la *a quo* condenó a JEEC por la conducta punible de tenencia de arma de fuego sin autorización en hechos del 10 de abril de 2015.

Por lo tanto, es válido concluir que los hechos que dieron lugar a la orden de captura que se materializó el 10 de abril de 2015 son previos a la diligencia de allanamiento y registro que se llevó a cabo con tal finalidad y en la cual se hizo un hallazgo de un arma de fuego que es la razón por la cual es ahora condenado.

Entonces, de conformidad con lo que dispone el inciso 1º del artículo 68A del CP y el concepto jurisprudencial citado en precedente, en este caso es improcedente conceder al penado la sustitución de prisión por la prisión domiciliaria, por cuanto fue condenado por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores por hechos que tuvieron ocurrencia en forma previa a los que motivan la segunda condena.

6.6 En consecuencia se entiende que le asistió razón a la juez de primer grado para negar el sustituto en mención, en aplicación del inciso 1º del artículo 68A del C.P., 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 Cuarto Penal del Circuito de Pereira en contra del señor JEEC del 28 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 1-5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 79-81 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 35-38. Orden de allanamiento y registro del 9 de abril de 2015. [↑](#footnote-ref-3)