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 ARMA DE FUEGO / PRISIÓN DOMICILIARIA / REQUISITOS / PENA MÍNIMA DE 8 AÑOS DE PRISIÓN / NO INCIDEN LOS DESCUENTOS PUNITIVOS / ARRAIGO FAMILIAR / DEFINICIÓN / EN CASO DE LOS MIGRANTES.**

… 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 abogado que representa los intereses del encartado considera que es el monto de la pena de prisión impuesta a su representado como consecuencia de los descuentos punitivos que le fueron reconocidos por aceptar los cargos enrostrados en su contra, la cual se debe tener en cuenta para el otorgamiento de dicho beneficio.

Para la Sala, lo dicho en tales términos por el recurrente desconoce 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 por ende no podían ser tenidas en cuenta como factores modificadores de los limites punitivos…

… sí por arraigo debemos entender… «la existencia de un vínculo objetivo del sentenciado con el lugar donde reside, lo cual puede acreditarse con distintos medios cognoscitivos, 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…» ; es claro que la realidad procesal nos enseña que el procesado, como consecuencia de su condición de migrante, no tiene ningún nexo o vínculo que lo lie indefectiblemente con la comunidad…

**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 # 106

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

Hora: 2:00 p.m.

Procesado: VAS

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Rad. # 66001 60 00 035 2020 00815 01

Proviene: Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira

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 defensa del señor VAS en contra de la sentencia proferida el 21 de abril de 2.021 por parte del Juzgado 5° Penal del Circuito de Pereira dentro del proceso que se adelantó en contra del aludido procesado por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico o porte armas de fuego de defensa personal.

**ANTECEDENTES:**

De conformidad con lo obrante en el expediente de la referencia, los hechos tuvieron ocurrencia el día 14 de abril de 2.020, a las 10:45 horas, en la vía Condina, frente a la Ciudadela Salamanca, sector en el que miembros de la Policía Nacional se encontraban ejecutando labores de patrullaje, y al abordar a un sujeto que transitaba por ese lugar, este inicialmente se identificó como GADIEL ELIMELET OLIVEROS HURTADO, de nacionalidad venezolana, a quien como consecuencia de un registro que se le practicó, se halló en su poder un revólver calibre .38 Especial marca Smith Wesson serie C19609, con número interno 16671, con 4 cartuchos de ese mismo calibre, ante lo cual el sospechoso sostuvo un forcejeo con los policiales para emprender la huida, siendo retenido unos metros más adelante.

Como el aprehendido no contaba con un permiso para el porte de ese artefacto bélico, y adicionalmente estaba infringiendo las medidas sanitarias establecidas por el Gobierno Nacional, se procedió a efectuar el procedimiento de captura.

El material incautado fue sometido al estudio respectivo por parte de un perito, quien dictaminó que el arma de fuego era apta para producir disparos y los cartuchos eran compatibles para ser usada con aquella.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 15 de abril de 2.020 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal, con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, diligencia en la cual se le imputó cargos a título de autor a quien para ese momento se identificó como GADIEL OLIVEROS, de las conductas punibles de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 del C.P.), y violación de medidas sanitarias (art. 368 del C.P.), lo cuales no fueron aceptados por el procesado. En aquella oportunidad se le resolvió la situación jurídica del procesado con la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario.
2. Presentado el escrito de acusación, el proceso fue asignado por reparto al Juzgado 5° Penal del Circuito de Pereira, el cual instaló la audiencia de formulación de acusación el 17 de julio de 2.020, y en aquella oportunidad la defensora del encartado dio a conocer que el verdadero nombre de su prohijado era VAS y que el número de identificación era 26.700.147 expedido en Venezuela. En esa diligencia el delegado de la F.G.N. adujo que, pese a que no se contaba con la plena identidad del acusado, se realizaría un preacuerdo con este, ante lo cual el representante del Ministerio Público y el Despacho de primer nivel instaron al Ente investigador para que adelantara las labores pertinentes en tal sentido, señalando el fiscal del caso, que estaba a la espera del resultado del cotejo respectivo.
3. Ante tal circunstancia, la diligencia fue aplazada y se reanudó el 8 de octubre de 2.020, y pese a que en esas calendas la F.G.N. aun no se tenía el resultado del informe de plena identidad del investigado, procedió a reiterar los cargos que le fueron enrostrados en las audiencias preliminares.
4. Luego de múltiples aplazamientos el día 26 de marzo de 2.021 se dio inicio a la audiencia preparatoria, en la que el representante del Ente Investigador puso en conocimiento del *A quo* había celebrado una negociación con el señor VAS, quien para esa calenda ya se encontraba plenamente identificado, consistente en que él aceptaría su responsabilidad frente al delito previsto en el artículo 365 del C.P. 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 72 meses de prisión. En consecuencia solicitó que se decretara la ruptura de la unidad procesal frente al punible de violación a medidas sanitarias (art. 368 del C.P.).
5. El preacuerdo fue avalado por el juez de primer nivel, por lo que se procedió a darle trámite a lo dispuesto en el artículo 447 del C.P.P. y de accedió a la solicitud de la ruptura de la unidad procesal. Posteriormente el 21 de abril de 2.021 se profirió el fallo, frente al cual se alzó la defensa.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como se sabe, se trata de la sentencia proferida el 21 de abril de 2.021 por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual el procesado VAS fue condenado a purgar una pena de 72 meses de prisión, como consecuencia de haber sido declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión de los delitos de porte armas de fuego de defensa personal.

En dicho proveído, se le negó al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

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 no concederle al procesado el disfrute del sustituto penal de la prisión domiciliaria, el Juzgado de primer nivel expuso que no se satisfacían a cabalidad con los requisitos dispuestos el numeral 1° del artículo 38B del C.P. puesto que la sanción mínima prevista para el delito contemplado en el artículo 365 del C.P. es de 9 años de prisión, el cual fue objeto de preacuerdo, lo que superaba el mínimo del monto punitivo requerido para la procedencia de la pena de la prisión domiciliaria.

De igual manera, en el fallo opugnado se le hicieron una serie de reproches a la conducta delictiva perpetrada por procesado por defraudar las expectativas que se esperara que debía cumplir como consecuencia de su condición de migrante y por haber sido acogido en nuestro país.

**LA ALZADA:**

El apoderado judicial del señor VAS argumentó su inconformidad con la decisión de primer nivel señalando que en el presente caso el procesado cumplía con los requisitos para que se le concediera la prisión domiciliaria, pese a que el *A quo* consideró que no se satisfacía la exigencia prevista en el numeral 1° del artículo 38B con el argumento de que este se refiere al “… *consagrado por el tipo penal básico y no el que se concede y otorga por vía de preacuerdo*…”.

El censor consideró que el juez de primer nivel desconoció los diversos pronunciamientos que sobre la materia se han adoptado en este Distrito Judicial, asegurando que en algunos casos, dos de ellos en los que él había actuado como defensor, en los que se investiga por los delitos de porte de armas y de homicidio en grado de tentativa, y en los que opera la terminación anticipada de los mismos y no se observan las exclusiones a que hace referencia el artículo 68A del C.P., los operadores jurídicos han otorgado el beneficio de la prisión domiciliaria.

El beneficio pretendido no depende de circunstancias ni de valoraciones subjetivas, sino que se trata de una cuestión objetiva que no requiere un análisis profundo.

Para el caso en concreto el juez de conocimiento debía tener en cuenta la pena y la forma de participación a partir de las cuales se condena a un procesado que se suscribe una negociación, por lo que en su particular modo de ver, el estudio de los requisitos plasmados en el artículo 38B del C.P., debía partir de la pena fijada a través del preacuerdo, es decir, de los 79 meses de prisión y no de la sanción mínima establecida en la ley para la conducta punible descrita en el artículo 365 del C.P.

Se debe tener en cuenta que el fallador dio una equivocada aplicación a lo señalado por la C.S.J. en el auto AP4695 del 30 de octubre de 2.019, la cual nada tiene que ver con los postulados del artículo 38B del C.P.

Indicó que el A quo realizó un análisis del desempeño personal del encartado, haciendo caso omiso a la jurisprudencia vigente, al señalar que en atención al acogimiento que se le ha dado a los Venezolanos, estos debían comportarse diferente a como lo efectuó el procesado, asegurando que este se encuentra desarraigado por su condición de extranjero, dejando de lado los dispuesto por el Máximo Órgano de Cierre Penal el cual ha establecido que para la concesión de la prisión domiciliaria no se deben valorar aspectos subjetivos relacionados con el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado.

Finalmente solicitó que se revocara la sentencia en lo que era materia de objeto de su recurso.

**LA RÉPLICA:**

El delegado de la F.G.N. allegó memorial como sujeto procesal no recurrente en el que indicó que la conducta que se le endilga al señor VAS es sumamente grave, fuera de que la negativa de la prisión domiciliaria no se le está denegando a un venezolano ni a u migrante, sino a una persona que posiblemente no pueda cumplir dicho beneficio.

Pidió que se confirmara el fallo en su integridad.

**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 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 VAS, 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 la negativa del reconocimiento en favor del procesado VAS 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 impuesta al procesado, la que correspondió a setenta y dos meses de prisión, y que surgió como 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 no se satisfacía con el requisito punitivo requerido para la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria, por cuanto la pena impuesta por el delito por el cual se declaró el compromiso penal del procesado excedía de los ocho años de prisión.

Frente a lo anterior, considera la Colegiatura que el Juzgado *A quo* de manera acertada denegó el beneficio que hoy es reclamado por la defensa, porque, efectivamente en el presente asunto no se satisfacían con los requisitos punitivos para que al procesado AS le fuera concedida la prisión domiciliaria.

Decimos lo anterior por lo siguiente:

* El delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado, o sea el reato de porte armas de fuego de defensa personal, en su pena mínima es sancionado con una pena que excede los ocho años de prisión.

Así tenemos que el 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 la sanción mínima señalada en el estatuto penal para el delito consagrado en el artículo 365 del C.P. para denegar dicho beneficio. Sin embargo, el abogado que representa los intereses del encartado considera que es el monto de la pena de prisión impuesta a su representado como consecuencia de los descuentos punitivos que le fueron reconocidos por aceptar los cargos enrostrados en su contra, la cual se debe tener en cuenta para el otorgamiento de dicho beneficio.

Para la Sala, lo dicho en tales términos por el recurrente desconoce 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 por ende no podían ser tenidas en cuenta como factores modificadores de los limites punitivos, como de manera errada lo pretende el recurrente.

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).**

Otro aspecto que la Sala no puede pasar por alto es que en la actuación no se satisfacía el cumplimiento del requisito objetivo del arraigo, el cual, como se dijo con antelación es uno de los presupuestos necesarios que se deben acreditar para la procedencia de la pena sustituta de la prisión domiciliaria. Ello lo decimos porque sí por arraigo debemos entender como *«la existencia de un vínculo objetivo del sentenciado con el lugar donde reside, lo cual puede acreditarse con distintos medios cognoscitivos, 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…»[[2]](#footnote-2)*; es claro que la realidad procesal nos enseña que el procesado, como consecuencia de su condición de migrante, no tiene ningún nexo o vínculo que lo lie indefectiblemente con la comunidad, como bien se establece del contenido del informe ejecutivo de captura fechado el 15 de abril de 2.020, y de la diligencia en la cual fue reseñado por parte del C.T.I. actos de los cuales se desprende que el procesado es una persona que habita en la calle y que no cuenta con una residencia fija o estable. A lo cual se le debe sumar como elemento negativo que el acusado suministró unos datos falsos sobre su identidad. Tales factores permiten inferir que es factible que el procesado evadirá el cumplimiento de la pena en el evento que se le conceda el sustituto reclamado por la Defensa.

En suma, en el presente asunto no se daban los requisitos necesarios para que el procesado VAS pudiera ser merecedor de la prisión domiciliaria, ya sea porque no se cumplía con el requisito del arraigo, o porque el delito por el cual se declaró el compromiso penal del procesado no satisfacía con los mínimos punitivos, sin que para ello en nada podía repercutir los descuentos punitivos reconocidos en favor del procesado por aceptar los cargos endilgados en su contra, los cuales, como ya se dijo, deben ser considerados como circunstancias postdelictuales.

Siendo así las cosas, al no asistirle la razón a los reproches formulados por el recurrente, la Sala confirmará el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por el apelante.

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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de abril de 2.021 por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado VAS por incurrir en la comisión del delito de porte armas de fuego de defensa personal.

**SEGUNDO: 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.

**TERCERO: 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. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 08 de septiembre de 2021. SP3955-2021. Rad. # 59206. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#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)