

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS - Exceso ritual manifiesto: Los procedimientos no pueden ser obstáculos para la eficacia del derecho sustancial,

DILIGENCIA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 447 DEL C DE PP – RÉGIMEN PROBATORIO: flexibilidad en comparación a la actividad probatoria en el juicio oral.

PRISIÓN DOMICILIARIA REGULADA EN EL ARTÍCULO 38 G DEL CÓDIGO PENAL – REQUISITOS: Procedencia.

Teniendo en cuenta que la petición de prisión domiciliaria por cumplir la mitad de la pena fue solicitada al interior de la diligencia de que trata el artículo 447 del C de PP, y que la misma fue rechazada por no haberse acreditado el hecho relativo al tiempo en que el acusado estuvo privado de la libertad a través de un documento, es necesario precisar que el funcionario de primera instancia al haber descartada de manera lisa la presentación argumentativa de los antecedentes que hicieron las partes, debió extraer dicha información de los datos existentes en el proceso mismo, obviando el ritualismo excesivo y colegir el cumplimiento del requisito citado.

Por tanto una vez verificado que se cumple con todos los presupuestos para hacerse acreedor el procesado a la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G del Código Penal, los cuales son: cumplimiento de la mitad de la condena; demostración del arraigo familiar y social del beneficiario; garantizar mediante caución el cumplimiento de las obligaciones; que el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima; y, que no se trate de los delitos enlistados en el artículo 38G, hay lugar a su concesión.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla.
Asunto	:	Apelación sentencia condenatoria con preacuerdo.
Delitos	:	Hurto calificado y agravado y constreñimiento ilegal
Acusado	:	RASC
Radicación	:	520016000485201900598-01 NI.29668
Aprobación	:	Acta No. 2022- 016 (8 de febrero de 2022)

San Juan de Pasto, diez de febrero de dos mil veintidós

1. Vistos

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del señor RASC en contra de la sentencia emitida el 5 de noviembre de 2021 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, mediante la cual, previa la suscripción de un preacuerdo, condenó a dicho ciudadano a la pena de 54 meses de prisión y a las accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición de aproximación a la víctimas por igual lapso, como responsable del delito de hurto calificado y agravado en concurso con constreñimiento ilegal.

2. Los hechos jurídicamente relevantes

Como quedaron reseñados en la sentencia de primer grado, el 23 de mayo de 2019 a eso de la 1:40 de la tarde, el menor de edad SAMC transitaba por la vía pública frente al salón comunal del barrio Panorámico con destino al barrio Anganoy de la ciudad de Pasto, instante en el cual el señor RASC y otro sujeto (menor de edad) lo intimidaron con un cuchillo y lo despojaron de su teléfono celular avaluado en la suma de \$180.000. Seguidamente, gracias a las voces de auxilio de la ciudadanía, los policiales del sector lograron aprehender a los citados sujetos, a quienes les encontraron en su poder un arma blanca y el teléfono sustraído, lo que llevó a que se les diera captura.

3. Resumen de la actuación surtida

El 24 de mayo de 2019 ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Pasto se declaró legal la captura en flagrancia surtida en contra del señor SC, se le formuló imputación en calidad de coautor y a título de dolo del delito de hurto calificado (artículos 239 y 240 inciso 2 del Código Penal) y agravado (artículo 241, numeral 10), en concurso con el reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos (artículo 188D) en calidad de autor y a título de dolo, además se impuso medida de aseguramiento consistente en detención privativa en establecimiento carcelario.

Más tarde, el ente persecutor presentó escrito de acusación por igual componente fáctico y jurídico, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el día 10 de septiembre de 2019. Tras varias programaciones, la audiencia preparatoria se realizó finalmente el 11 de noviembre de 2020. Estando convocado el juicio oral, el 22 de septiembre de 2021 las partes procesales presentaron un preacuerdo con base factual, en virtud del cual la fiscalía cambió la calificación jurídica del delito de uso de menores de edad en la comisión de delitos a constreñimiento ilegal, luego, reconoció un 75% de rebaja por indemnización integral y fijó las penas a purgar en 54 meses de prisión (producto de sumar 48 meses para el delito contra el patrimonio económico y 6 meses del constreñimiento ilegal) y las accesorias de inhabilidad general y prohibición de acercarse a la víctima por igual lapso. Dicho pacto en esa calenda fue aprobado por la Judicatura. Por último, el 5 de noviembre de 2021 tuvo lugar la lectura de sentencia.

4. La sentencia apelada

El Fallador hizo primeramente una exposición de la individualización e identificación del procesado, de los hechos jurídicamente relevantes, de los antecedentes procesales y los términos del preacuerdo. Luego, indicó que con los elementos materiales probatorios arrimados estaban demostradas mínimamente la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del procesado, categorías necesarias para condenar. En la dosificación punitiva, el Juez singular adveró que la conducta tipificada por la cual se procedía corresponde a hurto calificado y agravado en concurso con constreñimiento ilegal, conforme lo pre-acordado, siendo que la pena pactada de 54 meses de prisión estaba ajustada a la ley y por ende debía ser respetada. Después, el togado se ocupó de los mecanismos de ejecución de la pena.

Sobre aquello adujo (refiriéndose a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y a la prisión domiciliaria general), que el delito de hurto calificado es objeto de proscripción según el artículo 68A del Código Penal, por lo que no cabía su concesión. En materia de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G sustantivo, la Judicatura de primer nivel reconoció que, si bien en el caso concreto se realizó una nueva adecuación típica, la cual se aleja de los delitos expresamente enlistados como no susceptibles de este beneficio, y que además se logró establecer el arraigo familiar del procesado en esta ciudad, no estaba demostrado que el encartado haya cumplido la mitad de la condena a imponer. Explicó que, no obstante que la fiscalía y la defensa adveraron que el procesado habría cumplido un tiempo de detención desde el 24 de mayo de 2019 hasta el día 31 de agosto de 2021, resultando aparentemente 27 meses y 12 días de prisión de los 54 meses que le fueron impuestos, ningún elemento de convicción se corrió traslado y se verbalizó para sustentar ese dicho.

Entonces, resaltó que no se cumplían todos los requisitos legales y por ello lo denegó.

Ulteriormente, el *A quo* sentenció al señor RASC a 54 meses de prisión como responsable del delito de hurto calificado y agravado, en concurso con el punible de constreñimiento ilegal, más las accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición de aproximación a la víctima por igual lapso de la pena principal, negó la concesión de subrogados penales y en consecuencia ordenó girar boleta de encarcelación.

5. La sustentación del recurso

La defensa contrarió la negativa de la primera instancia en conceder al acusado la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal, pues en efecto sí están satisfechos los requisitos establecidos en esa norma para hacerlo merecedor de la figura.

Arguyó que, pese a que no existen documentos que evidencien el tiempo que su prohijado estuvo privado de la libertad, ello fue ratificado y puede desprenderse como cierto a lo largo de la actuación. Por ejemplo, en la audiencia de verificación de preacuerdo llevada a cabo el 22 de septiembre de 2021, la fiscalía manifestó que el acusado estuvo privado de la libertad desde el 24 de mayo de 2019 hasta el 31 de agosto de 2021, cuando le fue concedida la libertad por vencimiento de términos por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto. Por otro lado, a solicitud de la defensa, para hacerla valer en una petición de libertad por vencimiento de términos, el Juzgado emanó una constancia del tiempo transcurrido en el proceso. Además, en el escrito de acusación se consignó que desde la

celebración de las audiencias preliminares el procesado se encontraba recluido en establecimiento carcelario. Concluyó así que el Despacho sí conocía efectivamente del tiempo de restricción de la libertad, igual o superior a la mitad de la pena, aun cuando no se aportaron elementos extras. A eso abonó que, conforme a la jurisprudencia constitucional, los formalismos que exige el procedimiento no pueden ser obstáculos para garantizar el derecho sustancial y los derechos del encartado, máxime si se trata del derecho a la reinserción social.

Como últimos puntos, invocó que también está demostrado el arraigo familiar y social del encausado. Igualmente, afirmó que este no cuenta con los recursos suficientes para prestar caución prendaria, toda vez que se encontraba privado de la libertad desde el año 2019 hasta agosto de 2021, situación por la cual no ha podido vincularse laboralmente y, por ello, solicitó que se le permita prestar caución juratoria.

6. Consideraciones de la Sala

6.1. Competencia y problema jurídico

Con arreglo a lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para desatar la alzada propuesta, misma que tiene por fin responder, de acuerdo con la limitación de la alzada, la consideración de figurar la defensa como apelante único y preservar el principio de prohibición de la reforma en perjuicio, lo siguiente: *¿el señor RASC cumple con todos los presupuestos para hacerse acreedor a la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G del Código Penal?*

6.2. La prisión domiciliaria al tenor del artículo 38G del Código Penal

Para entrar en materia, es oportuno hacer una breve alusión a la competencia que ostenta el sentenciador para referirse sobre la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha definido que tanto el juez de ejecución de penas como el de conocimiento están habilitados para pronunciarse sobre dicho instituto. En efecto, ese *“Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria.”*¹

Decantado brevemente ese aspecto, hay que señalar que entre las distintas formas que el ordenamiento jurídico posibilita la ejecución de la pena privativa de la libertad, el artículo 38G del Código Penal permite que pueda ser cumplida en el lugar de residencia o morada del condenado cuando este haya purgado la mitad de su condena. Dicho canon reglamenta los requisitos concurrentes que deben satisfacerse para que se conceda esa figura, a saber: (i) que se haya cumplido la mitad de la condena; (ii) que se demuestre el arraigo familiar y social del beneficiario. En todo caso, corresponde al juez de conocimiento establecer con todos los medios de prueba allegados a la actuación la

¹ CSJ SP, 1º feb 2017, rad. 45900. Ver también CSJ SP, 10 jun 2020, rad. 47050, en el que la alta Corporación revisó de fondo en sede de casación si el procesado cumplía con los supuestos para hacerse acreedor a la prisión domiciliaria del artículo 38G. En igual sentido está la decisión emitida por este Tribunal en el radicado 23906 del 7 de mayo de 2019, Magistrado Ponente Silvio Castrillón Paz.

existencia o inexistencia del arraigo; (iii) que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones previstas en los literales a, b, c y d del numeral 4 del artículo 38B como no cambiar de residencia sin autorización previa, que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito, comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello y permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión; (iv) que el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima; y, (v) que no se trate de los delitos enlistados en el artículo 38G.

Ahora bien, sin perder de vista esos requisitos, como esta prisión domiciliaria fue inicialmente solicitada y discutida al interior de la diligencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, y que como el debate fundamental gira en torno a la acreditación de algunos de los requisitos normados en el artículo 38G en cita, es necesario repasar lo que tiene que ver con el régimen probatorio que opera en dicho espacio procesal.

6.3. El régimen probatorio de la diligencia del artículo 447 adjetivo.

La diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 es el escenario procesal en donde se concreta la individualización de la sanción y se realizan los juicios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena, del cumplimiento de sus fines y de la procedencia de subrogados penales. Se trata de un espacio que es necesario para el juez en el que, con participación de las partes e intervinientes, debe dar aplicación al artículo 3 del Código Penal y pueda reflexionar sobre la graduación de la pena, la concesión de subrogados y

sustitutos penales, las condiciones individuales, sociales, familiares y antecedentes del procesado y afines.

Con mira en esos objetivos es que se articula la participación que las partes e intervinientes pueden hacer en este espacio. Para ello, dichos sujetos procesales pueden elevar las solicitudes en tal sentido y están habilitados para acreditar los hechos en que fundan sus peticiones y argumentar lo que les concierna, todo esto bajo la metodología de la audiencia y con pleno desarrollo de los principios de oralidad, concentración y publicidad, siempre de cara a la Judicatura, la que decidirá solamente con fundamento en lo obrado en esa diligencia. Además, la legislación habilita al juez a ampliar oficiosamente la información requerida para tomar las determinaciones inherentes, si lo considera necesario.

Particularmente en cuanto al *régimen probatorio* de este estadio procesal, cabe que se distinga que el concepto técnico de prueba solamente se predica de aquellos elementos de valoración practicados en el juicio oral, destinados a demostrar la materialidad del delito y responsabilidad penal del procesado, en cambio, *“en los demás momentos procesales lo que en realidad ocurre es la acreditación de los hechos puestos de manifiesto por las partes al juez como fundamento de sus peticiones”*². Por esa disimilitud, la metodología demostrativa para la acreditación de los hechos distintos a los que se reclaman en el juicio oral es diferente, en el sentido de que el estándar de convicción no es el de *“más allá de toda duda razonable”*, sino que es menor *“con algunas fluctuaciones que permiten que este aumente o disminuya dependiendo del asunto a decidir”*³; igualmente, la acreditación de hechos es de naturaleza

² CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 41712.

³ *Ibidem*.

informal y allí pueden concurrir las partes e intervinientes. En suma, la comprobación de los hechos en el marco de lo que se discute en el artículo 447 procesal es un tanto flexible si se la compara con la actividad probatoria en el juicio oral y ello puede incluir distintas formas de demostración, como la simple exposición argumentativa de los antecedentes de que disponen las partes y respecto de la cual, la parte contraria tiene la posibilidad de negarlo o dar una versión diferente o alternativa.

Veamos algunas reglas que regentan este trámite y que han sido brindadas por la jurisprudencia:

“Como viene de verse, la actividad demostrativa que se desarrolla en la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal es mucho más dúctil, pues en ella no rigen las formas de producción de la prueba en juicio oral, sino la acreditación de los fundamentos de hecho o de derecho en que sustentan las peticiones.

A manera de ejemplo, cabe anotar que la acreditación de hechos puede realizarse por medio de⁴: (i) la presentación argumentativa de los antecedentes de que disponen las partes, esto es, la explicación verbal que realizan acerca de sus antecedentes y fundamentos, y respecto de la cual, la parte contraria tiene la posibilidad de negarlo o dar una versión diferente o alternativa; (ii) la verificación de los documentos en que se fundan las solicitudes que se están realizando, en de un espacio informal para que el juez pueda cerciorarse rápidamente de que la información presentada se halla debidamente sustentada, con lo cual no se requiere la lectura plena de los escritos, sino una breve revisión para formar la convicción que requiere el asunto en discusión; (iii) llevando a la audiencia fuentes de información tales como testigos y peritos, actividad que debe ser absolutamente excepcional por el riesgo que implica para el sistema la reproducción del juicio oral y que no se regirá por las normas que regulan la práctica probatoria en él, sino que operará muy informalmente.

Lo anterior nos lleva a enfatizar, que en desarrollo de la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, no rigen los parámetros para la práctica de pruebas del juicio, sino que se trata de una acreditación

⁴ Centro de Estudios de Justicia para las Américas CEJA, *Curso avanzado de destrezas de litigación en un sistema acusatorio oral*, Santiago, 23 a 27 de noviembre de 2009.

informal de hechos, sin que por ello se desconozcan las garantías procesales mínimas de las partes y de los intervinientes.

(...)

Siguiendo con esta línea de apreciación, las partes procesales pueden demostrar los hechos que ponen de manifiesto al juez, para que la individualización de la pena y la decisión respecto de los subrogados penales sea acorde con sus expectativas, pero esta actividad debe desplegarse **al interior de la audiencia destinada para tal finalidad**, en la que se garantizará la publicidad de la prueba, esto es, cerciorándose de que sea conocida por las partes para que materialicen el derecho a la contradicción si así lo estiman conveniente.

En suma, para resolver las solicitudes que legalmente pueden formularse en la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal de 2004, **el juez solo puede considerar la información que ha sido producida y debatida en la audiencia**, y no puede considerar su conocimiento privado, ni recurrir a un expediente propio, ni sustituir el debate oral por uno escrito, ni utilizar documentos escritos allegados por fuera de la audiencia como fuente de información y producción de la decisión.

De ser así, la audiencia perdería relevancia y se convertiría en una simple formalidad, deteriorando la inmediación y la contradicción. Por ello, la Sala debe insistir en que el material escrito no puede reemplazar el debate oral de la audiencia, pues esto equivaldría a reproducir la lógica del expediente y a acabar con la metodología adversarial del sistema acusatorio.”⁵ (Negrillas fuera del texto original)

En este respecto, frente a lo dicho, es necesario agregar al debate dos tópicos más. Por un lado, que en el régimen probatorio de lo que se lidia en el acto del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 también rige el principio de libertad probatoria, en el sentido de que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en ese código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos. Lo cual es de obvio entendimiento, pues dicho principio irradia a todo el sistema penal acusatorio.

⁵ CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 41712.

De otro lado, que no puede dejarse de lado el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 superior), que también impacta en el espectro probatorio. A su tenor, los procedimientos no pueden ser usados en extremo rigor o convertidos por el funcionario judicial en obstáculos para la eficacia del derecho sustancial, puesto que las formalidades procedimentales son un medio para la realización de los derechos sustantivos y no fines en sí mismos. Lo contrario podría implicar incurrir en exceso de ritual manifiesto, que *“se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material.”*⁶ En ese entendido, *“Aun cuando los jueces gozan de libertad para valorar el material probatorio con sujeción a la sana crítica, no pueden llegar al extremo de desconocer la justicia material, bajo la suposición de un exceso ritual probatorio (...) Por ello, es su deber dar por probado un hecho o circunstancia cuando de dicho material emerge clara y objetivamente su existencia.”*⁷

6.4. Caso concreto

Siendo turno de descender al caso concreto, el primer requisito del artículo 38G hace relación a *que se haya cumplido la mitad de la condena.*

En este punto, se recordará que en audiencia de individualización de pena la fiscalía solicitó que se concediera al procesado esa figura en tanto que este – aseveró- estuvo privado de la libertad desde el 24 de mayo de 2019 al 31 de

⁶ T-1306 de 2001.

⁷ T-974 de 2003.

agosto de 2021, cuando el Juzgado Sexto Penal Municipal de Pasto con Funciones de Control de Garantías le concedió la libertad por vencimiento de términos, lo que significa que llevó poco más de 27 meses privado de la libertad, que equivalen a la mitad de la pena impuesta de 54 meses de prisión. Por su parte, la defensa del encausado coadyuvó argumentalmente dicho pedimento.

De lo acontecido en esa diligencia, ciertamente como lo dijo el *A quo*, las peticionarias no aportaron algún documento tipo certificado o constancia en el que se consignara esa información temporal proporcionada. Sin embargo, se aparta la Sala del efecto que frente a dicha ausencia le dio la primera instancia, pues los datos existentes en el proceso mismo sí acreditaban el hecho relativo al tiempo en que el acusado estuvo privado de la libertad.

Dígase en primer lugar que, de acuerdo a lo que ha sido denominado régimen probatorio de lo que se discute en la diligencia de individualización de pena, la comprobación de los hechos que interesan a las temáticas que allí se abordan, por su flexibilidad, no exclusivamente reclama del aporte de *pruebas* o medios de convicción como documentos. Ya se vio que es plausible para tal fin la presentación argumentativa de los antecedentes que disponen las partes y respecto de la cual la parte contraria tiene la posibilidad de negarlo o dar una versión diferente o alternativa. En tal sentido, la indicación proveniente de la propia fiscalía (y refrendada por la defensa) del lapso en el que el señor SC había estado privado de la libertad no podía ser desechada sin más por la Judicatura bajo la razón de carecer de un documento o medio de convicción que reafirmase esa afirmación.

Y no podía ser descartada de manera tan lisa, no solamente porque al tenor de la jurisprudencia es factible acreditar un hecho con la exposición argumental

elevada, sino por el tipo de hecho al que se estaba haciendo referencia. Comprende la Sala que el tiempo de privación de la libertad que pesó sobre el acusado en este proceso es una situación de eminente corte procesal, esto es, que hace parte de los sucesos propios del procedimiento del mismo nivel, como lo es la realización de las audiencias de formulación de acusación, preparatoria, verificación de preacuerdo, etc. En esa misma entidad de dichos eventos procesales se ubica otro hecho procesal como la audiencia donde se impuso la medida de aseguramiento en contra del agente y también la audiencia donde se decretó la libertad por vencimiento de términos. Es decir, esa es una información que al instante de producirse se incorpora naturalmente al proceso y es parte intrínseca de él. Siendo ello así, resulta ser un formalismo excesivo exigir que una información procesal y que se supone debería estar incluida en el expediente deba ser acreditada con un documento adicional.

Por cuenta de esto último, entiende la Corporación que si aun cuando resultara insuficiente la propia información que dio la fiscalía, pues correspondía al Fallador echar mano o revisar los datos habientes en el proceso para advertir si esa información estaba o no pegada a la realidad procesal. Si el mismo artículo 38B del Código de Procedimiento Penal obliga al juzgador a establecer con todos los elementos de prueba allegados *a la actuación* la existencia o inexistencia del arraigo y no únicamente con aquello que le hubiere sido aportado por los interesados, con mayor razón debe verificar el tiempo de privación de la libertad que arroje la actuación procesal. Se repite, si inclusive en tratándose de una cuestión como el arraigo, que no puede calificársela como un hecho de corte procesal, el juez debe emprender esa labor, más deberá hacerlo si el hecho es anejo al devenir procesal, como lo relacionado con la privación de la libertad del encausado.

En este panorama, la fiscalía hizo saber que el procesado estuvo privado de la libertad desde el 24 de mayo de 2019 al 31 de agosto de 2021, cuando el Juzgado Sexto Penal Municipal de Pasto con Funciones de Control de Garantías le concedió la libertad por vencimiento de términos. Estos datos podían y debían ser corroborados por el Juzgador con el devenir procesal. Entonces, véase que, en punto a la fecha de privación de la libertad, el mismo *dossier* en efecto reporta con lo consignado en el escrito de acusación y los audios de las audiencias preliminares concentradas cuándo fue privado de la libertad el procesado, esto es, el 23 de mayo de 2019, día en el aquel fue capturado y, asimismo, esos actos también revelaban que el 24 de mayo de 2019 le fue impuesta al acusado detención preventiva carcelaria.

Respecto de hasta cuándo esa restricción a la libertad se prolongó, podía detectarse que lo dicho por la fiscalía no era falso o equivocado a la sazón de lo acontecido en el proceso, como que el 30 de agosto de 2021 la defensa había solicitado al Juzgado de conocimiento que expidiera una certificación sobre el cómputo de los términos transcurridos en la actuación penal, ello, como se invocó expresamente, para solicitar la libertad por vencimiento de términos. Así las cosas, podía colegirse que, si en esa fecha se solicitó tal constancia, a tal calenda permanecía privado de la libertad el procesado. Esta fecha coincide con lo indicado por el persecutor, al manifestar que el 31 de agosto un juez de control de garantías decretó la libertad por vencimiento de términos.

En esa misma línea, si lo expuesto por la fiscalía poca seguridad proporcionaba, el Despacho judicial estaba en posición de corroborar o infirmar esa manifestación a partir, por ejemplo, de las propias actuaciones procesales como las relativas a las citaciones a audiencia que el Juzgado debió haber

realizado al procesado, pues unas las hizo a la Cárcel Judicial de Pasto y otras al encartado directamente cuando ya no era posible que el establecimiento carcelario enterase de la citación al antiguo recluso por encontrarse en libertad. Verbigracia, en el acta y audio de audiencia preparatoria llevada a cabo el 11 de noviembre de 2020 se dejó constancia de que el señor RASC estaba en proceso de ser sacado de su sitio de reclusión para ser conducido a la sala virtual para atender la convocada diligencia. Información similar reposa en la constancia expedida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto sobre el cómputo de términos dentro del proceso, donde se indica que algunas audiencias virtuales fueron aplazadas por cuanto el INPEC no habilitaba conexión virtual para el recluso. En la audiencia de verificación de preacuerdo se delata que el perseguido penalmente ya no se encontraba en el establecimiento carcelario, lo que supone que para que este concurriera al acto, como lo hizo en efecto, el Despacho debió enterarse de su estado de libertad.

Es decir, extraña a la Colegiatura que por esas actuaciones el Juzgado sí estuvo en posibilidad de conocer o de colegir en qué tiempo el acusado estuvo en detención carcelaria. El *A quo* debió observar los elementos concurrentes dentro de este proceso de manera objetiva, por manera que con dichas evidencias pudo obviar el ritualismo exigido por el debido proceso y colegir el cumplimiento del requisito citado.

De tal manera que ciertamente con lo exhibido por la fiscalía y confirmado por la defensa y lo que podía y debía extraerse del proceso se encontraba demostrado que el procesado estuvo privado de la libertad desde el 23 de mayo de 2019 (inclusive, fecha de su captura), al 31 de agosto de 2021, cuando el Juzgado Sexto Penal Municipal de Pasto con Funciones de Control de Garantías le concedió la libertad por vencimiento de términos. En tal virtud, el

señor SC alcanzó a purgar poco más de 27 meses de prisión, que equivalen justamente a la mitad de los 54 meses de condena pre-acordados e impuestos. Se tendrá por cumplido este requisito.

En otros puntos, el encausado cuenta con *arraigo social y familiar definido*. Dicha información consta en los actos urgentes presididos por la Policía Judicial (como el formato de arraigo, el acta de derechos del capturado y el informe de captura en flagrancia) y en las audiencias preliminares concentradas donde el procesado ofreció su dirección de habitación, así como a lo largo de todo el decurso procesal en sede de juzgamiento. Ello permite ubicarlo como habitante de esta ciudad, vecino del barrio ..., donde comparte con su compañera permanente AG, su hijo menor de edad y sus padres, y que se dedica a la cerrajería. De ahí se puede extraer que el señor SC no es una persona carente de arraigo.

Por lo demás, el acusado no pertenece al grupo familiar de la víctima y los delitos finalmente enrostrados producto del preacuerdo con base factual (hurto calificado y agravado y constreñimiento ilegal) no se encuentran enlistados en el artículo 38G.

Se concederá así la prisión domiciliaria deprecada. Para ello, será del caso que el beneficiado suscriba acta compromisoria de las obligaciones del numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, a excepción de la del literal b, dado que obra constancia de reparación integral suscrita por la víctima. Para garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones, el procesado deberá prestar caución prendaria por el valor de \$50.000, en atención a que se acoge lo expuesto por la defensa respecto de la carencia de recursos económicos en el tiempo que

estuvo privado de la libertad, como también que aquel se dedica a la cerrajería y que desde el mes de agosto del año pasado se encuentra en libertad.

7. Decisión

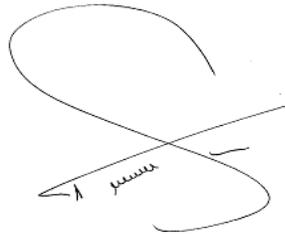
Suficientes razones para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

8. Resuelva

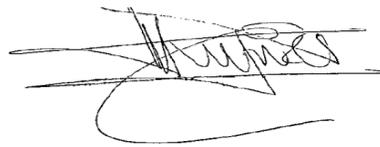
Primero. Revocar el numeral tercero de la providencia impugnada, en el apartado en el que se denegó la prisión domiciliaria al tenor del artículo 38G del Código Penal. En su lugar conceder al señor RASC la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal. Dicho sustituto lo cumplirá en... de esta ciudad o en el lugar que el procesado designe para tal efecto. Para su disfrute deberá suscribir acta de obligaciones de que tratan los literales a, c y d del numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, garantizada con caución prendaria por valor de \$50.000. Una vez lo anterior librese la boleta respectiva. Trasládese por la autoridad competente al mencionado ciudadano al lugar donde deberá cumplir el sustituto, cuya vigilancia corresponderá al INPEC. Esta decisión opera siempre y cuando el condenado no se halle requerido por otro asunto.

Segundo. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

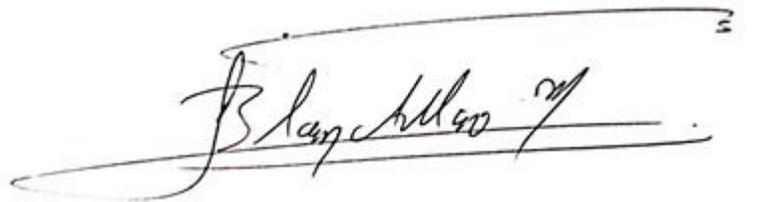
Cópiese y cúmplase.



Franco Solarte Portilla
Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado



3714

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 007

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-20 del 5 de marzo de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 24 de enero de 2022.


JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario