

# REPUBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISION PENAL

<b>Sentencia Penal No:</b>	012
<b>Radicación:</b>	520016116211-2017-00281-02 N.I. 24646
<b>Procesado:</b>	JANI
<b>Delito:</b>	Homicidio Agravado
<b>Acta de Aprobación:</b>	073 del 16 de julio de 2018

**PRISIÓN DOMICILIARIA – REQUISITOS:** Los requerimientos actuales para la procedencia de la figura jurídica de prisión domiciliaria son totalmente objetivos, y por su estirpe legal resultan de obligatorio acatamiento en el estudio de su procedencia; de suerte que por su taxatividad no es dable que los funcionarios judiciales realicen interpretaciones restrictivas de la norma, más allá de lo que predica su contenido, porque en ella se encuentra inmersa una política de tratamiento sancionatorio de los condenados, que es menos invasiva de la privación efectiva de la libertad, para cierta clase de modalidades delincuenciales.

**PRINCIPIO PRO HOMINE – Aplicación** - Este principio implica que la interpretación jurídica que realicen los funcionarios judiciales siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva, cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

**PRISIÓN DOMICILIARIA CONFORME EL ART 38 B DEL C.P. – REQUISITOS. / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ART. 68A DEL C.P. POR SER VIOLATORIO DEL DERECHO A LA VIDA - No procede** – Hay lugar a reconocer al procesado, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, en tanto cumple con los presupuestos legalmente establecidos, teniendo en cuenta que el delito -homicidio simple en estado de ira e intenso dolor- por el cual aceptó responsabilidad en preacuerdo, reporta penas en un marco inferior al límite de los 8 años de prisión, no se encuentra dentro del listado de prohibiciones del art 68A del C.P. y se acreditó el arraigo social y familiar; y siendo que frente a esta norma, no resultaba jurídicamente viable aplicar la excepción de inconstitucionalidad, contrario a lo ocurrido en el presente evento donde el juez, no obstante revisar que la conducta punible no se encontraba relacionada dentro del listado de exclusiones señaladas en el referido artículo, le aplicó tal excepción, para prohibir la prisión domiciliaria por haberse atentado contra el bien jurídico máspreciado, que es la vida, haciendo más gravosa la situación jurídica del procesado, extendiendo el marco de prohibiciones de otorgar sustitutos, subrogados y beneficios punitivos al caso sometido a examen, interpretación que vulnera principios democráticos esenciales del Estado Social de Derecho, entre ellos el principio PRO HOMINE; abrogándose además, con tal decisión, competencias legislativas y afectando de manera grave garantías fundamentales del condenado. /

**Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz**

San Juan de Pasto, diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

## **OBJETO DE DECISION**

Corresponde a la Sala desatar el recurso vertical interpuesto por la Defensa, contra la providencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño) el día 5 de junio de 2018<sup>1</sup>, a través de la cual se condenó al señor JANI a la pena principal de 84 meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, por el mismo tiempo, al aceptar responsabilidad en preacuerdo simple, respecto del delito de Homicidio en estado de ira e intenso dolor, lo cual honra la negociación realizada por el condenado y la Fiscalía. De igual manera le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

## **HECHOS Y ANTECEDENTES DE IMPORTANCIA PARA LA DECISION**

De la sentencia condenatoria de fecha 5 de junio de 2018, se extraen los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

*“Se sabe que el 26 de diciembre de 2017 en las instalaciones de la Brigada 23 del Ejército Nacional sede Pasto, se presentó un altercado entre SASH y JANI en uno de los puestos de centinela denominados caniles en donde se encontraban prestando guardia los prenombrados. A consecuencia de la discusión N le dispara con su arma de dotación a S causándole la muerte de forma instantánea”.*

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

---

<sup>1</sup> Ver Folios 99 a 102.

El día 27 de diciembre de 2017, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pasto, se realizaron audiencias preliminares concentradas, en virtud de las cuales se declaró la legalidad de la captura de JANI imputándole a título de AUTOR el delito de Homicidio Simple tipificado en el artículo 103 del Código Penal a título de dolo, cargo al cual no se allanó.

El 21 de febrero de 2018 fue radicado escrito de acusación en el Centro de Servicios Judiciales de Pasto en contra de NI y se realizó la audiencia de formulación de acusación el 2 de abril de 2018 ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N), con funciones de conocimiento.

Habiendo sido citadas las partes e intervinientes para la celebración de audiencia preparatoria el día 5 de junio de 2018, la Fiscal Segunda Seccional de Pasto manifestó que había llegado a un preacuerdo con la defensa, para dar por terminado anticipadamente el asunto. Al concedérsele la palabra manifestó que el señor JANI se declaraba culpable a título de autor del delito de Homicidio Simple (artículo 103 del Código Penal), a cambio de lo cual la Fiscalía le reconocía como beneficio compensatorio la circunstancia aminorante de responsabilidad del Estado de Ira e Intenso Dolor, establecida en el artículo 57 del Código Penal, según la cual la sanción a imponer no podría ser inferior a la sexta parte del mínimo ni superior a la mitad del máximo, y convinieron una pena principal de ochenta y cuatro (84) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y cargos públicos, por el mismo término.

A pesar que la representación de víctimas manifestó su disconformidad con el preacuerdo, el Juez de Conocimiento lo

consideró acorde con los requerimientos legales y le impartió aprobación. En el mismo acto otorgó la palabra a las partes para los fines del artículo 447 procesal penal, en cuyo trámite el defensor deprecó en favor de su cliente que se concediera la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38B del Código Penal, porque los niveles de pena lo permitían y el delito imputado no estaba enlistado en las prohibiciones del artículo 68A del Código Penal.

En la misma audiencia se emitió la sentencia condenatoria anticipada, a las penas de 84 meses de prisión, con las accesorias de inhabilitación para ejercer cargos públicos y privación del derecho a la tenencia o porte de armas por igual término. Además se negaron el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria, aduciéndose –respecto del sustituto domiciliario- que *“...en el presente caso estamos frente a una excepción de inconstitucionalidad, pues si bien el homicidio no está dentro de las prohibiciones del artículo 68A, se debe entender que la vida es un bien jurídico que se debe proteger por virtud de los mandatos que rigen el ordenamiento jurídico vigente, artículos 93 y 11 de la Constitución Política. De concederse el sustituto solicitado por la defensa se estaría divulgando un mensaje peyorativo a nivel de prevención general positiva y negativa, no resulta un mensaje óptimo de política criminal; razón por la cual la solicitud no procede, aunado a la falta de comprobación de arraigo por parte de la defensa”*.

Contra esta última parte de la decisión presentó disconformidad el apoderado de la defensa, interponiendo recurso de apelación, el cual fue sustentado debidamente y ha permitido el avance del proceso a esta instancia judicial.

### **ARGUMENTOS DE APELACIÓN:**

**Intervención del recurrente.** La defensa del sentenciado se aparta de la decisión adoptada por el Juez de instancia, y arguyó que si bien está de acuerdo con la pena impuesta, no comparte la posición asumida por el A quo al negarle al señor NI el sustituto de la prisión domiciliaria, por cuanto considera que el condenado cumple las condiciones exigidas por la ley para acceder a dicho beneficio; sin embargo, contrario a ello el Juez de primer nivel procedió a aplicar una excepción de inconstitucionalidad sin acreditar detrimento constitucional alguno ni ofrecer mayor argumentación al respecto.

Indica que el juzgado va en contravía del plexo normativo y jurisprudencial que rige la materia, vulnerando así el principio de legalidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 6 del Código Penal, pues insiste que se cumplen todas las exigencias consagradas en los artículos 38 y 38B ídem. De manera que, al resolver negar el mentado sustituto también se vulnera el principio de igualdad, pues bien es sabido que debe darse un trato similar a personas que se encuentren en situaciones análogas.

Por último, sostuvo que la providencia atacada contiene un defecto fáctico por indebida valoración probatoria, pues dentro de las audiencias respectivas se logró demostrar el arraigo del JANI, a través del oficio suscrito por el presidente de la Junta de acción comunal del barrio obrero del municipio de La Unión –N-. En ese sentido, solicitó se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se decrete la prisión domiciliaria a favor de su prohijado.

**Intervención de los No Recurrentes.** El representante de víctimas, doctor Mario Fernando Yandún indicó que el abogado defensor omitió

referir de manera precisa cómo se afectaron cada uno de los principios a la debida administración de justicia, legalidad e igualdad del acusado.

Por otro lado, consideró que la excepción de inconstitucionalidad es una herramienta jurídica que se erige a partir del artículo 4 de la Constitución Política y puede aplicarse válidamente en materia penal, pues tal como lo señaló el Juez A Quo, la vida es un derecho inviolable, según lo dispuesto en el artículo 11 ídem. Así, para el caso concreto, el daño recayó de manera “inimaginable” sobre las víctimas, quienes sienten dolor y aflicción por la partida de un ser querido, reclamando de suyo, se imparta verdadera justicia.

Concluye advirtiendo que el equipo de defensa del señor NI no demostró uno de los requisitos que consagra el artículo 38B del Estatuto Sustantivo Penal para acceder al referido sustituto, cual es el “arraigo” socio familiar del procesado, así que solicita la confirmación de la decisión adoptada en primera instancia.

## **PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER**

*1.- ¿Resulta jurídicamente procedente o no la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutivo de la prisión intramural al señor JANI, condenado por la comisión del delito de Homicidio simple en estado de ira e intenso dolor, a título de coautor?*

*2.- ¿Resulta jurídicamente viable aplicar la excepción de inconstitucionalidad en contra del artículo 68A del Código Penal, por ser violatorio del derecho a la vida y de los instrumentos internacionales reconocidos por el Estado Colombiano?*

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

## **1.- Competencia.**

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

## **2.- Sobre la prisión domiciliaria.**

Para la resolución del problema jurídico planteado, comencemos indicando que la prisión domiciliaria es una forma de sustracción efectiva de la libertad de locomoción, y bien lo indica la Corte Suprema de Justicia que *“no constituye un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad”*<sup>2</sup>, es decir que cuando se cumplen los requisitos que el legislador ha previsto para su procedencia, su reconocimiento no conlleva la libertad del condenado; en esa dimensión, solo es un sustituto pero de la prisión intramural, en la medida que el único lineamiento particular que las diferencia es el cambio de lugar de reclusión, dado que el descuento de pena privativa de la libertad no se va a surtir al interior de un centro reclusorio oficial sino en el propio domicilio o residencia del condenado, siendo éste su propio carcelero.

Si bien existe una causal general de sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, que es la establecida en el artículo 38 B, debe indicarse que el artículo 461 procesal penal permite la aplicación de éste sustituto punitivo en los mismos casos en los que haya lugar a sustituir la detención preventiva, abriéndose así paso la posibilidad de reconocer otro tipo de causales de prisión domiciliaria derivadas de

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 30 de abril de 2008. Radicado 29644. Magistrada Ponente doctora María del Rosario González de Lemus.

la edad del condenado superior a 65 años, el estado grave por enfermedad que no le permite al penado permanecer en reclusión, o cuando le falten a la condenada dos (2) meses o menos para el parto o durante los seis (6) meses posteriores al nacimiento de su hijo, o finalmente para quien demuestre la condición de padre o madre cabeza de familia; todo esto según lo reglado en el artículo 314 adjetivo penal vigente.

En el caso sometido a examen, la causal de sustitución que se debate, en punto de la persona del señor NI, es la genérica, para cuya procedencia se reclama que la sentencia se imponga por delito cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, que no se trate de delitos excluidos en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado y que se garantice mediante caución el cumplimiento de una serie de obligaciones, entre las que se encuentra el compromiso de reparar los daños ocasionados con el delito, para cuyo efecto el pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que se demuestre insolvencia. Así mismo el beneficiario del sustituto de prisión domiciliaria debe permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y someterse a las condiciones de seguridad que se le impongan en la sentencia, o en los reglamentos del INPEC o cualquier adicional que eventualmente le imponga el Juez encargado de ejecutar la pena.

Como se puede notar, los requerimientos actuales para la procedencia de la figura jurídica de prisión domiciliaria son totalmente objetivos, y

por su estirpe legal resultan de obligatorio acatamiento en el estudio de su procedencia; de suerte que por su taxatividad no es dable que los funcionarios judiciales realicen interpretaciones restrictivas de la norma, más allá de lo que predica su contenido, porque en ella se encuentra inmersa una política de tratamiento sancionatorio de los condenados, que es menos invasiva de la privación efectiva de la libertad, para cierta clase de modalidades delincuenciales.

En el presente evento el Juzgador de primer grado refirió que el delito por el que se procede, que es el de Homicidio Simple, cometido en estado de ira e intenso dolor, reporta penas que están en un marco bastante inferior al límite de los ocho (8) años de prisión previsto para viabilizar el sustituto: también revisó que esta tipología no se encuentra relacionada dentro del listado de exclusiones o prohibiciones establecidas en el artículo 68A del Código Penal, pero extraña, exótica e insólitamente el Juez de Conocimiento acudió a una interpretación extralegal del articulado y, por demás, abiertamente violatoria de los principios democráticos esenciales del Estado Social de Derecho, porque violando el principio *PRO HOMINE* aplicó el instituto jurídico de la “*excepción de inconstitucionalidad*” al artículo 68A, pero con el fin de hacerle más gravosa la situación jurídica del condenado, toda vez que no lo hizo para inaplicar la norma en favor de condenado, sino para extender el marco de prohibiciones de otorgar sustitutos, subrogados y beneficios punitivos al caso sometido a examen, de suerte que aplicó la norma para prohibir la prisión domiciliaria al señor NI, por haberse atentado contra el bien jurídico máspreciado: LA VIDA. Con esta decisión se abrogó de tajo competencias legislativas y afectó de manera grave garantías fundamentales del condenado.

**Sobre el llamado “PRINCIPIO PRO HOMINE”.** Este principio supraconstitucional, aplicable en nuestro sistema jurídico por vía del Bloque de Constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución de 1991) implica que la interpretación jurídica que realicen los funcionarios judiciales siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva, cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. La figura se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la que especifica que absolutamente ninguna disposición de la citada Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a).- Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b).- Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c).- Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d).- Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza y el 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que establece lo siguiente:  
*“Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de*

*conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.*

e).- No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, sin pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

**Sobre la figura de “EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”.**- La jurisprudencia constitucional Colombiana ha reconocido en el sistema jurídico la existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad sobre las normas jurídicas; por un lado a la Corte Constitucional, y de manera residual al Consejo de Estado, se les confía el control de constitucionalidad en abstracto y con efectos totalizantes o “*erga omnes*”, y por otro lado el control de constitucionalidad en concreto tiene lugar para casos particulares en desarrollo del artículo 4° de la Carta Política cuando, al momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, el servidor encargado de aplicarla advierte su ostensible e indudable oposición a mandatos constitucionales, le resulta imperioso abstenerse de aplicarla.

En efecto, es este el fundamento de la llamada *EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD*, y se le califica como control de constitucionalidad concreto porque carece de la nota de generalidad que es propia del control en abstracto, puesto que la definición acerca de si existe o no incompatibilidad entre la norma inferior y las constitucionales debe producirse en el caso específico, singular, preciso, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin

que pueda exceder ese marco jurídico concreto. Se habla, por tanto, en este caso de un juicio y decisión con efectos “*inter partes*”, o circunscrito a quienes tienen interés directo en el caso. De manera que cualquier autoridad a quien le corresponda aplicar una norma no solo está legitimada, sino obligada, a abstenerse de hacerlo cuando la encuentra incompatible con la Constitución Política, de modo que de no aplicar en ese evento la excepción de inconstitucionalidad su actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez.

La sentencia C-122 del 2011 ratifica que “*La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”*”<sup>3</sup>. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto, ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

---

<sup>3</sup> CONSTITUCION POLITICA, Art 4

En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida, ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos “*erga omnes*” si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, indicó la Corte en la misma sentencia que “...*las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.*”<sup>4</sup>

Dos requisitos son necesarios para la aplicación de la *EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD*: el primero es que la norma de inferior jerarquía sea ostensiblemente contradictoria con los mandatos constitucionales, de manera que afecte o vulnere los derechos fundamentales de alguna de las partes en el caso concreto. La jurisprudencia ha establecido un segundo requisito, consistente en que no exista pronunciamiento judicial de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de legalidad por el Consejo de Estado, según el caso, sobre la norma respecto de la cual se solicita aplicar la *EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD*, y que dicho pronunciamiento sea declarando el apego de la norma a la

---

<sup>4</sup> SENTENCIA C-122 DE 2011. M.P JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

Constitución. Así lo ha dicho la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T – 103 de 2010:

*“La excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acomodarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado.”*

Aplicando lo señalado en antecedencia al caso concreto, encuentra la Sala que resulta abiertamente descompasada la tesis de inconstitucionalidad por excepción que aplicó el fallador de primer grado, porque desconoció el querer del legislador nacional cuando en su poder de configuración normativa decidió autónomamente en la ley 1709 del 20 de enero de 2014 seleccionar un importante número de delitos para excluirlos del otorgamiento de beneficios, subrogados y sustitutos punitivos, precisamente en su artículo 32, que modificó el artículo 68A del Código Penal. Si el Congreso dentro de su autonomía legislativa no tuvo a bien enlistar el delito de Homicidio para que sobre él operaran éste tipo de prohibiciones, no le era dable a los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público modificar autónomamente su voluntad normativa, porque ello implicaría una inaceptable intromisión en poderes públicos diferentes, desequilibrando la base estructural de la democracia que consiste en la separación y respeto en el ejercicio de las funciones legislativas, judiciales y ejecutivas, encargadas a diferentes órganos del Estado, entre los cuales simplemente debe existir colaboración armónica.

Unido a lo anterior, el Juzgador de primer grado no cumplió con su deber argumentativo de establecer con la debida suficiencia cómo el artículo 68A del Código Penal, norma esta de inferior jerarquía, en realidad era ostensiblemente contradictoria con los mandatos constitucionales, ni tampoco indicó de qué manera vislumbraba afectado o vulnerado el derecho fundamental a la VIDA, de alguna de las partes e intervinientes reconocidas en el caso concreto; la vida, como bien jurídico fundamental, ya había sido afectada al momento de la comisión del homicidio, de suerte que el mantenerse al agresor en estatus privativo de la libertad carcelaria y no domiciliaria, como lo ha decidido en Juez de primer grado, de manera alguna puede restablecerse el fenómeno vital, que es el que en su línea argumentativa se pretende proteger.

Por el contrario, su deber constitucional es el de cumplimiento y protección de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran inmersos en el proceso penal, como el de legalidad, la libertad, la posibilidad de aplicar la privación efectiva de la libertad para los eventos categóricamente señalados en la ley, el de interpretar las normas jurídicas con carga de favorabilidad para los sindicados o condenados, por aquello del “*PRINCIPIO PRO HOMINE*”, entre otros.

Lo anterior lleva a la Sala a desatender los argumentos basilares esgrimidos por el Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, para negar el sustituto de prisión domiciliaria al señor JANI, en cuanto el delito por el cual aceptó responsabilidad penal en preacuerdo no está dentro del listado de prohibiciones del artículo 68A del Código Penal, de suerte que para completar el estudio de viabilización de la figura, solo resta analizar la temática del arraigo.

**Sobre el ARRAIGO del condenado.**- Con relación a este tercer requerimiento normativo, debe recordarse que el arraigo social y familiar, se entiende como *“el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados por ejemplo, por la pertenencia de una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes...”*<sup>5</sup>; al respecto debe indicarse:

JANI es un joven nacido el 5 de febrero de 1999 en el municipio de La Unión Nariño, quien al cumplimiento de su mayoría de edad decidió voluntariamente incorporarse al Ejército Nacional como Soldado Regular en el Batallón “General RAMÓN ESPINA” de Pasto.

Se sabe de su procedencia de la población de La Unión (Nariño), lugar donde ha venido residiendo en el hogar formado con su padre JAN y su madre EI, junto con una dupla de hermanos, todos residente en el Barrio Obrero de dicha municipalidad. Por su escasa formación académica y además su corta edad, no adelanta labores remunerativas, esto es que no tiene ni ha tenido vínculos laborales. Se ha podido demostrar con la información rendida por el Director y el Coordinador Jurídico del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de La Unión Nariño del INPEC, que es en la casa de sus padres, donde no solo reside sino que también es el lugar que le sirve de reclusión domiciliaria, desde el momento en que se le formuló imputación y se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad domiciliaria, porque ahí se le hace el seguimiento. Unido a lo anterior, el presidente de la Junta de acción Comunal del citado Barrio Obrero de La Unión (Nariño) y 21 de sus vecinos suscriben un

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 03 de febrero de 2016. Radicado 46.647 M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. en la que se señaló: *“...requisitos para conceder la prisión domiciliaria, concepto de arraigo”*.

documento donde aparece el conocimiento que tienen de él y sus vínculos comunitarios.

Esta información es suficiente para dar por demostrado el arraigo del señor NI, con lo cual se redondea el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Artículo 38 B del Código Penal para reconocerle el derecho a gozar del sustituto de la Prisión Domiciliaria.

Así las cosas, sin que el asunto amerite otras consideraciones, 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,

## **RESUELVE**

**PRIMERO.- REVOCAR** el punto segundo de sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño) el día 5 de junio de 2018 y, en su lugar se dispone, **CONCEDER** a favor del señor JANI el sustituto de prisión domiciliaria, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Para entrar a disfrutar del sustituto domiciliario el señor JANI deberá prestar caución prendaria individual, a la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado de Conocimiento, que se fija en cien mil pesos (\$100.000) y suscribir diligencia compromisoria con las obligaciones establecidas en el numeral 4 del artículo 38B, momento en el cual informará su dirección de residencia. El INPEC se encargará de realizar la correspondiente vigilancia.

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

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

**CÚMPLASE**

**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**  
Magistrado

**JOSÉ ANIBAL MEJIA CAMACHO**  
Magistrado

**FRANCO SOLARTE PORTILLA**  
Magistrado

**MARGARITA MARIBEL CÓRDOBA BASTIDAS**  
Secretaria