



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal

PRISIÓN DOMICILIARIA COMO MECANISMO SUSTITUTIVO DE PRISIÓN INTRAMURAL – Requisitos – Efectuada una interpretación sistemática, se determina que no hay lugar a la concesión del sustituto contemplado en el art. 38B del C.P., teniendo en cuenta que el sentenciado no cumple con los requerimientos exigidos, siendo que se encuentra incurso en la prohibición consagrada en el Art. 68A de la referida codificación, al presentar antecedentes penales vigentes, en tanto registra sentencia condenatoria por delito doloso dentro de los 5 años anteriores a la fecha de emisión de la presente decisión; disposición que debe tenerse en cuenta, al ser una norma especial y de aplicación obligatoria cuando se deba realizar estudio de solicitudes para la concesión de beneficios y subrogados penales. /

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No. : 522606000510 2009 80000 01
Número Interno : 20851
Sentenciado : RGOG
Delito : Homicidio Simple
Aprobado : Acta No. 3 del 11 de febrero de 2019

San Juan de Pasto, dieciocho (18) de febrero de dos mil
diecinueve (2019)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la decisión proferida el 6 de diciembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, por medio de la cual se condenó al señor **RGOG** como autor responsable del delito de Homicidio Simple en estado de ira e intenso dolor y se impuso la pena principal de SETENTA Y OCHO (78) meses de prisión, incluyendo la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, sin que se concediera el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

2. ANTECEDENTES

2.1. SUPUESTOS FÁCTICOS

Conforme al trámite adelantado, se conoce que los hechos tuvieron ocurrencia siendo aproximadamente la 1:00 a.m. del día 1° de enero de 2009, en la Vereda el Zanjón, Municipio de El Tambo (Nariño), momento en el que se celebraba la llegada del nuevo año, donde varias personas se encontraban departiendo dicho acontecimiento; en el transcurso de la noche se presentó una riña que trajo como consecuencia que el señor AJDG sea agredido en su integridad física por diferentes personas, dentro de las cuales se encontraba el señor **RGOG**, quien con una arma blanca amenazó al señor DG, razón por la cual, sus familiares lo ingresan en la camioneta para evitar que lo agredieran, sin embargo el hoy condenado accede al interior del vehículo y lo ataca con arma blanca ocasionándole graves lesiones en órganos vitales, mismas que le generaron su deceso momentos después.

2.2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos anteriores, el día 4 de abril de 2017 en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se solicitó orden de captura en contra del señor **RGOG** por el delito de Homicidio Agravado, la cual se hizo efectiva el 24 de abril de 2017; data en la cual ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se realizaron las audiencias preliminares en las que se declaró la legalidad de la captura, se realizó imputación fáctica y

jurídica en contra del precitado en calidad de AUTOR MATERIAL y modalidad DOLOSA, por el delito de HOMICIDIO SIMPLE, cargo frente al cual guardó silencio, procediendo enseguida a imponerse medida de aseguramiento en su contra consistente en detención preventiva intramural.

Continuando con el trámite procesal, la Fiscalía presentó escrito de acusación el 27 de junio de 2017¹, manteniendo la imputación antedicha, luego de lo cual, para el 9 de agosto de 2017 ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto se tenía programada audiencia de acusación, y antes de su realización se presentó acta de preacuerdo² en la que la Fiscalía para efectos punitivos, tipifica en su alegación conclusiva la conducta atribuida al señor **RGOG** como autor a título de DOLO del delito de HOMICIDIO SIMPLE, cometido en estado de IRA E INTENSO DOLOR, cargo que fue aceptado por el procesado, pactándose una pena principal de SETENTA Y OCHO (78) meses de prisión, sumada a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo que el de la pena principal.

Una vez establecidos los términos del preacuerdo en la forma ya señalada, la judicatura declaró su legalidad en audiencia del 9 de agosto de 2017, dando paso a la audiencia de individualización de la pena establecida en el artículo 447 del C.P.P., en la cual la defensa solicitó

¹ Fls. 52

² Folio 64

conceder en favor de su prohijado, el sustituto de prisión domiciliaria contemplado en el artículo 38 B del C.P.

La lectura de sentencia condenatoria se verificó el 6 de diciembre de 2017, en la cual se declaró al señor **RGOG** penalmente responsable del delito de HOMICIDIO SIMPLE, cometido en estado de IRA e INTENSO DOLOR, estableciendo la pena principal de SETENTA Y OCHO (78) meses de prisión, sumada a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo que el de la pena principal, atendiendo los términos del preacuerdo.

Conforme a la petición de la defensa la Judicatura procedió a realizar el análisis para la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria, resolviéndola de manera negativa, ultima negación respecto de la cual la defensa procedió a interponer el respectivo recurso de apelación.

3. PROVIDENCIA IMPUGNADA

En lo que es objeto de la censura, el *A quo* determinó que a la fecha en que se dictó sentencia, el procesado ostentaba antecedentes penales, encontrándose vigente en su contra sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Pasto del 2 de agosto de 2016 por el delito de Homicidio Simple, por medio de la cual se lo condenó a 46 meses de prisión, razón por la cual afirmó el señor **RGOG** no cumple los presupuestos objetivos fijados en el artículo 68A del C.P., que señalan que no se concederán beneficios y subrogados penales, como es el caso de la prisión

domiciliaria como sustitutiva de la prisión, cuando el procesado haya sido condenado por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Por lo anterior el *A Quo* determinó que al no satisfacerse los requisitos legales exigidos, se niega la solicitud de concesión de prisión domiciliaria.

4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La defensa solicita que se revoque el fallo condenatorio proferido el 6 de diciembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, que negó la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, regulada en el artículo 38B del C.P., porque su defendido registra antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores a dicha decisión.

La defensa aduce que los hechos que originaron esta investigación tuvieron ocurrencia el día 1° de enero de 2009, señalando que hacia atrás su prohijado carecía de antecedentes penales, es decir, que la sentencia condenatoria en la cual se basa la negativa recurrida, es producto de hechos ocurridos en el año 2014, por lo que considera no pueden ser catalogados como antecedentes penales.

También afirma que el inciso primero del artículo 68A del C.P. no puede ser aplicado al caso objeto de estudio, pues la petición de prisión domiciliaria se hizo en base a lo contemplado por el artículo 38B del C.P., el cual en ningún

aparte indica que para su estudio deba remitirse al inciso primero del artículo 68A del C.P.

Manifiesta que la aplicación de este artículo (38B del C.P.) debe hacerse de manera autónoma y especial, y únicamente cuando se trate de delitos contemplados en el inciso segundo del artículo 68A del C.P. podrá tenerse en cuenta esta prohibición, situación que no se presenta en este caso.

Por otro lado, la defensa señala que el artículo 68A del C.P. no se encontraba vigente a la fecha de los hechos materia de juzgamiento (1º de enero de 2009), por lo cual no puede ser aplicado de manera retroactiva y desfavorable al procesado.

Si lo anterior no es factible, alega que debe aplicarse el artículo 38 del C.P. original, que establece ciertos requisitos que en el caso presente se cumplen a cabalidad, explicando detenidamente cada uno de ellos.

Corolario de lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y se de aplicación al artículo 38B del C.P. sin tener en cuenta lo establecido en el inciso primero del artículo 68A del mismo estatuto, o en su defecto, se aplique el artículo 38 del C.P. original, y así proceder a conceder la prisión domiciliaria en favor de su representado.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del art. 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado por la defensa.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se ocupará en esta oportunidad, de determinar si hay lugar a conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión al señor **RGOG**, condenado como autor del delito de Homicidio Simple en estado de ira e intenso dolor, quien registra antecedentes penales por la comisión del mismo punible, según sentencia condenatoria del 2 de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Pasto.

5.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Prisión Domiciliaria y sus requisitos:

La normativa sustancial penal que regula lo atinente a la concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria para el caso que nos ocupa, se encuentra contenida en el artículo 38 del C.P. que fue modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, y consiste en que la privación de la libertad opere en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine. En cuanto a

los requisitos fueron regulados en el artículo 38 B del mismo Código, norma que fue adicionada por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, y son los siguientes:

“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. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión.

Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad”.

Ahora bien, como interpretación sistemática que debe hacerse de este instituto penal, contrario a lo afirmado por el apelante, debe tenerse en cuenta lo contemplado por el artículo 68A del C.P., en razón a que se trata de una norma especial y de aplicación obligatoria cuando se deba realizar estudio de solicitudes para la concesión de beneficios y subrogados penales, incluso, beneficios administrativos en favor del procesado.

El artículo reza:

“Artículo 68A. Modificado por la Ley 1773 de 2016, artículo 4°. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán 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 esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Inciso 2° *Modificado por el artículo 6 de la Ley 1944 de 2018, nuevo texto:**Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano*

o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

*Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo **314** de la **Ley 906 de 2004**.*

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.”

5.4. ESTUDIO DEL CASO

Conforme se observó a lo largo de la providencia, el señor **RGOG** fue condenado como autor responsable del delito de Homicidio Simple en estado de ira e intenso dolor, a la penal principal de SETENTA Y OCHO (78) meses de prisión, incluyendo la pena accesoria de inhabilidad para el

ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, sin que se concediera el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

Tal negativa se fundamentó en el hecho de que el procesado fue condenado por la comisión del delito de Homicidio Simple en sentencia proferida el 2 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Pasto; asistiéndole razón a la primera instancia de la decisión tomada, si en cuenta se tiene que la sentencia condenatoria por delito doloso está dentro de los 5 años anteriores a la fecha de emisión de la decisión que hoy ocupa nuestro estudio, constituyéndose sin lugar a dudas en un antecedente penal que impide el otorgamiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, conforme a la prohibición establecida por el artículo 68A del C.P., que se itera, su aplicación debe ser sistemática y obligatoria respecto del artículo 38B del C.P., sin que sea necesario que este último lo señale literalmente.

Ahora bien, tampoco observa esta Sala que pueda darse aplicación a la normatividad vigente a la época de ocurrencia de los hechos (1° de enero de 2009), puesto que la Ley 1142 de 2007 señaló la prohibición referida cobijando el asunto en cuestión, si en cuenta se tiene que la reforma que a este instituto jurídico de la prisión domiciliaria consagró el artículo 68A del C.P., así:

“Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como

sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.”

De esta forma y sin mayores consideraciones, observa la Sala que la decisión tomada en primera instancia se encuentra ajustada a derecho, y deberá ser confirmada en su integridad.

En mérito de lo expuesto, 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: CONFIRMAR la decisión proferida el 6 de diciembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, por medio de la cual se negó la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en favor del procesado **RGOG**, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario