

**PROCEDIMIENTO PENAL – PRINCIPIOS RECTORES:** Son de obligatorio cumplimiento, prevalecen sobre cualquier otra disposición del código y deben ser utilizados como fundamento y parámetro de interpretación.

**DILIGENCIA PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA -** La actividad probatoria tendiente a discutir aspectos como la concesión de sustitutos o subrogados penales contemplados en el artículo 447 del CPP, es informal.

**SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA – REQUISITOS:** Entre estos se encuentra el inciso 1º del artículo 68A.

**SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA – No procede.**

Conforme una interpretación sistemática, se determina que la prisión domiciliaria no solamente está reglada por lo que el artículo 38B del Código Penal regula, existiendo varias disposiciones que establecen otras condiciones para acceder a este sustituto y que se integran a esta norma, siendo de obligatoria observancia, entre ellas el inciso 1º del artículo 68A de la referida codificación, el cual contempla que tal sustituto no se concederá si la persona ha sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores, situación en la que se encuentra el procesado y que fue acreditada por la Fiscalía mediante el empleo de un informe de antecedentes penales, cuyo traslado no se hizo en curso del acto de que trata el artículo 447 procesal penal sino en la verificación del preacuerdo mismo, el cual podía ser valorado por el funcionario judicial, atendiendo los principios rectores que guían el procedimiento penal, siendo que desde una perspectiva sustancial la defensa conoció dentro de la misma audiencia concentrada lo relacionado con la existencia de antecedentes penales, y por cuenta de ello tuvo garantizado su espacio para pronunciarse al respecto en el acto de la individualización de la pena, estableciéndose que los derechos fundamentales del procesado a la defensa y contradicción no se menoscabaron; siendo procedente confirmar la decisión que negó la prisión domiciliaria.

---

***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto  
Sala de Decisión Penal***

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación sentencia condenatoria
Delito	:	Homicidio agravado tentado
Condenadas	:	VARP
Radicación	:	520016099032201808247-01 N.I.30336
Aprobación	:	Acta N° 2020-074 (15 de julio de 2020)

**San Juan de Pasto, veintidós de julio de dos mil veinte**

**Vistos**

Se ocupa la Colegiatura de resolver la apelación formulada por la defensa del señor VARP en contra de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, mediante la cual condenó al mencionado ciudadano a las penas de 72 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo, tras encontrarlo responsable del delito de homicidio agravado en el grado de tentativa.

## **Los hechos**

El día 12 de septiembre de 2018 a eso de las 10:00 de la mañana en vía pública del barrio El Potrerillo de esta ciudad, VARP golpeó con un objeto contundente que tenía envuelto en su chaqueta al señor JSHM en su cabeza, después de lo cual le propinó dos puñaladas a la altura del tórax y dos más en su brazo izquierdo, estas últimas que lograron seccionarle por completo la arteria cubital. Gracias a que se activaron las alarmas y al escándalo público el agresor huyó y el ofendido pudo ser trasladado a un establecimiento médico, donde le fue salvada su vida. El ataque le produjo a la víctima una incapacidad médica legal de 55 días con secuelas de deformidad física y perturbación funcional de los órganos del sistema nervioso periférico y de la prensión, todas de carácter permanente. Pese a que los galenos salvaguardaron la vida del afectado, meses después se suicidó por la crisis psicológica que le produjo el suceso.

## **Resumen de la actuación cumplida**

A solicitud de la Fiscalía, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Pasto emanó una orden de captura en contra del señor RP el 12 de agosto de 2019. Tras hacerse efectivo ese requerimiento judicial, el 19 de septiembre de 2019 se celebraron las audiencias preliminares concentradas ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad. En tal virtud, se legalizó la aprehensión, se formuló imputación por el punible de homicidio agravado en grado de tentativa y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria.

En sede de conocimiento, la Fiscalía presentó escrito de acusación, lo que convocó a que el día 20 de enero de 2020 se realizara la audiencia de formulación respectiva ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto. Programada la audiencia preparatoria, el 19 de febrero las partes procesales presentaron verbalmente preacuerdo, mediante el cual el procesado aceptó los cargos de tentativa de homicidio agravado conforme el numeral 7° del artículo 104 de Código Penal, tal como fue objeto de la acusación, a cambio de lo cual el persecutor le reconoció los beneficios punitivos del inciso 2° del numeral 6° del artículo 32 de esa obra y fijó la pena en 72 meses de prisión. El consenso recibió la venia de la Judicatura en esa data, en la que también se agotaron los actos de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. La lectura de sentencia tuvo lugar el 29 de mayo de 2020.

### **Del fallo impugnado**

Reseñados los hechos, la identificación e individualización del encartado y los antecedentes procesales, la *A quo* encontró probadas la tipicidad,

antijuridicidad y culpabilidad del delito y la responsabilidad penal del procesado. Dijo que a voces del formato único de noticia criminal, el acta de derechos del capturado, el informe de investigador de campo en formato FPJ 11 de fecha 30 de abril de 2019, las entrevistas rendidas por un testigo bajo reserva de identidad y por las señoras Luz Dary Narvárez García y Mónica Nereida Hernández Mafla, la historia clínica del ofendido y el informe pericial de clínica forense, los elementos necesarios para condenar estaban satisfechos. Luego, en la calificación jurídica recordó que el punible enrostrado y aceptado es el de homicidio agravado en el grado de tentativa, cuya pena, después de aplicado el beneficio reconocido, corresponde a 72 meses de prisión, al igual que la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En el acápite destinado al estudio de subrogados y sustitutos penales, la Juez singular denegó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por superar la sanción impuesta el monto de los 4 años. La prisión domiciliaria corrió igual suerte en virtud de la aplicación del inciso 1º del artículo 68A del Código Penal. Explicó que el canon citado proscribía asentar el sucedáneo para quienes hayan sido sentenciados por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores, siendo justamente esa situación la acontecida. A ese respecto señaló la Funcionaria que el encartado fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto el día 1º de febrero de 2016 por un punible de tentativa de homicidio, tal como lo develan las consultas de información sistematizada de antecedentes penales y/o anotaciones de fechas 18 de julio y 18 de septiembre de 2019, que reposan en el expediente.

Por último, reseñó que las víctimas cuentan con el incidente de reparación integral que deberá elevarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

## **La sustentación del recurso**

El defensor exhibió su inconformidad con la negativa de la primera instancia a conceder al acusado el sustituto de la prisión domiciliaria e instó su revocatoria. De su copiosa argumentación los motivos de disenso se contraen a dos tipos: de un lado, advirtió la ausencia de elementos de prueba debidamente aducidos para delatar la existencia de antecedentes penales de su prohijado; de otro, amonestó como errónea la interpretación de la Judicatura cuando diera aplicación al inciso 1º del artículo 68A sustantivo.

Para ahondar en lo primero, destacó que en diligencia del artículo 447 adjetivo la Fiscalía no presentó ningún elemento de prueba para dar cuenta de la existencia de antecedentes penales y fijar una posición respecto de la forma de ejecución de la pena, pese a lo cual la Falladora de manera oficiosa se valió de un reporte contenido en el expediente para conminar al procesado a cumplir su pena en establecimiento carcelario. Esgrimió que nuestro sistema de justicia es rogado, por lo que las decisiones judiciales solamente pueden adoptarse conforme lo solicitado y probado por las partes, so pena de quebrantar los principios acusatorio y adversarial, mismos que impiden al juez aportar medios de convicción por su propia cuenta. Dilucidó que únicamente de existir duda sobre algunos de los aspectos que se tratan en ese acto procesal puede el Juez ejercer facultades oficiosas para pedir conceptos a expertos, empero, advirtió que la Sentenciadora no acudió a esa potestad.

Señaló que de hecho en la audiencia de verificación del preacuerdo la Fiscalía mencionó y corrió traslado de algunos elementos para soportar el mínimo probatorio necesario para condenar, a cuyo culmen, como las

actuaciones son preclusivas, tales medios suasorios debían regresar al acusador. Refirió que, con todo, en el preacuerdo no se hizo mención a la existencia de antecedentes penales. Así, continuó discerniendo que los actos del artículo 447 hacen referencia a una nueva etapa procesal que busca verificar las condiciones subjetivas de todo orden del procesado y no la responsabilidad penal. Por eso, aseguró que la Fiscalía no ingresó ningún documento sobre los antecedentes penales en dicho espacio procesal, por modo que la Judicatura no podía considerar que su defendido los tuviera. Increpó entonces que ante la duda sobre tal aspecto, esta debía ser catapultada en favor del reo.

Como últimos puntos de esa parte del desacuerdo, recriminó que la sustentación de la señora Juez fue bastante corta, de ahí que requiriera al Tribunal a escrutar si dicha motivación es suficiente. Igualmente, señaló que el proceder de la Servidora es propio de un sistema inquisitivo, con el que se menoscabó la técnica, oralidad y publicidad de las actuaciones.

Respecto de lo segundo, el togado ilustró que los artículos 38B y 68A son tan claros y expresos que no exigen ser interpretados por el operador de justicia, y que si se interpretan se debe hacer siempre en favor del procesado. Elucidó entonces que la primera disposición contempla requisitos en lo sumo despejados para entender que no es dable aplicar el inciso 1º del artículo 68A, porque la remisión solamente se predica del inciso 2º. Concluyó así que la Juez añadió un requisito inoperante para la prisión domiciliaria.

Enseguida, pasó a hacer una extensa lectura de tesis doctrinales sobre los métodos y tipos de interpretación jurídica. Resaltó que según la de corte teleológico era perentorio para la primera instancia indagar por el sentido dado a la norma por el legislador. En ese *ítem*, el censor concurrió a la

exposición de motivos del Congreso de la República respecto del artículo 38B del Código Penal, para decir que sus autores buscaron desterrar de la figura cualquier requisito de tipo subjetivo como parte de la política criminal del Estado. También subrayó que era imperativo que la Judicatura hiciera una interpretación armónica o sistemática y espiral o vertical, y que en cambio de ello lo que desarrolló fue una meramente circular, que resulta siendo sofística o viciosa. A ese mismo estilo, reprobó que no se empleó la pirámide de Kelsen para dar prelación a normas de carácter superior sobre las de menor rango, siendo de esta última clase el inciso 2º del artículo 68A. Finalmente, en lo fundamental se quejó de que la primera instancia no explicara el porqué de haber empleado el inciso 1º de ese artículo.

## **Los no recurrentes**

### **Fiscalía**

Se mostró extrañada con las proposiciones de su opositor. Dijo que en los procesos que terminan de manera anticipada los elementos de prueba no deben ser introducidos y evaluados como se lo hace en el juicio oral. Apuntó que los antecedentes del acusado fueron previamente aportados al proceso, frente a los cuales la Judicatura no podía hacer caso omiso, pues estaba obligada a revisar todo el material suasorio allegado. Afirmó que la Falladora no realizó actos investigativos y que su decisión se profirió de cara a la realidad procesal, de ahí su acierto.

### **Representación de las víctimas**

Indicó estar de acuerdo con la sustentación del recurso y se apegó a lo que en derecho dispusiera la Judicatura.

## **Ministerio Público**

Por su parte se dolió que la defensa no actuara con lealtad y buena fe, siendo que esos deberes son moduladores de la actividad procesal, cuando es lo cierto que la decisión de primera instancia fue adoptada con base en la información legalmente aportada al proceso. Adujo que la *A quo* hubiera podido consultar los antecedentes del procesado por su propia cuenta, estando legitimada para ello a fin de aplicar la justicia material. Asimismo, sobre el segundo punto de disenso, acotó que el debate se solucionaba de manera pacífica acudiendo a lo decantado en sentencias C-646 y 425 de 2008, en las que la Corte Constitucional encontró ajustado a la norma superior el requisito de no contar con antecedentes penales para la concesión de la prisión domiciliaria y de otros institutos y beneficios. Refirió ulteriormente que el artículo 38B determina de manera por demás explícita esa proscripción, luego, no era necesario concurrir a la doctrina para esclarecer la materia.

## **Consideraciones de la Sala**

Competente como es la Corporación para conocer de la contención en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, corresponde contestar como problema jurídico general el siguiente.

*¿Cabía que la Juez individual denegara la prisión domiciliaria al señor VARP o por lo contrario debía concederle ese sustituto, en los términos como lo aboga su defensor?*

Como cuestiones específicas debe responderse si la prohibición de asentar el sucedáneo para quienes poseen sentencias condenatorias por delito doloso dentro de los 5 años anteriores es un requisito que se integre o no a la regulación de la prisión domiciliaria general, pese a que el artículo 38B no hace una remisión expresa al inciso 1º del artículo 68A, y finalmente, si era viable que la Falladora se valiera del informe sobre antecedentes penales, aun cuando no fue corrido traslado en el acto procesal del artículo 447 adjetivo.

### **El sustituto de la prisión domiciliaria y sus requisitos**

Como mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, el Capítulo tercero del Título IV de la Ley 599 de 2000 consagra figuras tales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional y la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave. En esa categoría debe incluirse también la prisión domiciliaria prevista en el Capítulo primero, por ser definida como un instrumento sustitutivo de la pena de prisión, tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia<sup>1</sup>.

En tanto que en la sentencia además de definirse la responsabilidad penal del acusado debe señalarse las consecuencias derivadas de la comisión de la conducta punible cuando ha quedado establecida, es un imperativo adoptar todas las decisiones que conciernan con la libertad del procesado. Entre ellas

---

<sup>1</sup> CSJ AP, 12 feb. 2014, Rad. 43199.

está la determinación de la pena principal y los mecanismos sustitutos de la prisión<sup>2</sup>.

En la naturaleza de esos institutos está permitir que la pena privativa de la libertad sea purgada a través de medios distintos al de la reclusión carcelaria, por ejemplo en libertad, en el domicilio o en un centro hospitalario, para cristalizar el principio conforme al cual la restricción de la libertad debe ser verdaderamente excepcional.

La legislación penal ha normado los requisitos, presupuestos e hipótesis que dan lugar a que se impongan dichos mecanismos, que con el trasegar del tiempo los ha modificado constantemente, para en teoría responder a las necesidades y cambios especialmente sociales. En materia de la prisión domiciliaria general son los artículos 38 y 38B de la Ley 599 de 2000 los que protagónicamente la regulan, aunque no son los únicos.

Conforme a tales cánones se podrá asentar la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine siempre que se colmen los siguientes requisitos: (i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos; (ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000; (iii) que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado, pero 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; (iv) que se garantice mediante caución el cumplimiento de ciertas obligaciones, como no cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial, reparar los daños ocasionados con

---

<sup>2</sup> CSJ AP, 24 jul. 2017, Rad. 46631.

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, y, (v) además deberá considerarse que la persona no haya evadido voluntariamente la acción de la justicia<sup>3</sup>.

Ahora bien, llegados aquí cabe hacer un oportuno paréntesis en la argumentación, porque es necesario decir que a no dudarlo el derecho es un sistema jurídico. Una norma no existe por sí sola, sino que hace parte de un ordenamiento en el que confluyen diversas prescripciones normativas que integran el derecho positivo con unidad y coherencia a través de criterios como la jerarquización. El entendimiento de derecho como sistema u orden jurídico implica que un comportamiento o hecho puede aparecer regulado en distintas normas, sea que pertenezcan a un mismo catálogo o no. Por eso, no basta con consultar cómo una situación está reglada en un único precepto, sino que es perentorio para el operador jurídico auscultar si dentro del ordenamiento jurídico existen otras disposiciones que lo hagan.

Como correlato de esa incontestable realidad es que entre las formas tradicionales de interpretación jurídica está la sistemática. Dicho método considera que el significado y alcance de las normas debe fijarse en función del entramado jurídico al que pertenecen<sup>4</sup>. Por eso mismo, apela a encontrar el sentido de las disposiciones a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al orden jurídico legal y que guardan relación con aquella<sup>5</sup>. Con ello, lo que busca es evitar comprensiones insulares de las normas jurídicas, yerro al que el operador suele incurrir cuando se limita a realizar una

---

<sup>3</sup> Sobre este punto ver NI 21612, 26 jul 2018, Magistrado Ponente José Aníbal Camacho Mejía, Sala Penal Tribunal Superior de Pasto.

<sup>4</sup> T-449 de 2009.

<sup>5</sup> C-054 de 2016.

interpretación meramente gramatical a contrapelo de la función jerárquica e integradora del sistema jurídico.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia de emplear el método sistemático de interpretación, por tratarse de una herramienta usual y útil en la comprensión de los textos jurídicos que permite en gran medida definir certeramente el significado de las disposiciones normativas<sup>6</sup>. Allí mismo, ha predicado que el ejercicio de interpretación las más de veces no puede agotarse en la lectura de una única disposición, porque en la amplitud del ordenamiento existen otras que definen íntegramente una figura, instituto o situación. Veamos:

“El asunto que en esta oportunidad se presenta a la Corte es un buen ejemplo de aquellos casos en los que el proceso mediante el cual se *pretende aplicar una norma de derecho*, ha de hacerse mediante la integración sistemática de diversos preceptos que regulan un mismo evento. **De nada sirve el ejercicio de interpretación que se reduce a los límites de una sola disposición –v.gr, el artículo acusado-, cuando la adecuada comprensión de dicho precepto depende de la integración de artículos contenidos en otras regulaciones.** El ordenamiento jurídico presenta con frecuencia normas incompletas, cuyo contenido y finalidad deben articularse junto a otras reglas; solo de ese modo es posible superar incongruencias al interior de un orden normativo.”<sup>7</sup> (Negrillas fuera del texto original)

Dicho eso, como resulta perentorio, acudiendo a una interpretación y concepción sistemática del derecho, escudriñar cómo en forma totalizadora el ordenamiento jurídico regula determinada figura, es fácil saber –sin necesidad de acudir a las tesis doctrinales más encumbradas- que la prisión domiciliaria no solamente está reglada por lo que el artículo 38B del Código Penal regenta. Para lo que es de interés para la alzada, entre las variadas disposiciones que la ley presenta se cuenta con la integridad del artículo 68A

---

<sup>6</sup> C-037 de 2000.

<sup>7</sup> C-569 de 2000.

de la Ley 599 de 2000. Ese es un mandato que de manera por demás textual consagra otras condiciones para la concesión del sustituto en comento.

Veamos justamente que el artículo 68A, con las modificaciones de la Ley 1709 de 2014, contempla dos eventos de exclusión de la prisión domiciliaria, de otros subrogados y beneficios. Primero, veta tal figura cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores. Segundo, proscribiremos también esa posibilidad cuando la nueva sentencia se profiere por una serie de delitos que están allí enlistados. Aunque es cierto que ese dispositivo no está consignado en el artículo 38B, sin ninguna clase de ambages el mismo Código Penal en su parte general prevé otros supuestos que se suman a la regulación de la prisión domiciliaria, en este caso, a través de prohibiciones para concederla en las hipótesis señaladas. Esta es una norma que integra la regulación de la prisión domiciliaria, cuya observancia resulta obligatoria.

El censor ha señalado que la primera condición de ese artículo no es un requisito que se predique de la prisión domiciliaria, porque el artículo 38B solamente cita el inciso 2º del artículo 68A y no el inciso 1º. Nada más desatinado que eso. Nótese que de ser correcto el pensamiento del recurrente, se llegaría al absurdo de concluir, por ejemplo, que la prisión domiciliaria en el caso de delitos sexuales o contra la vida cometidos en contra de menores de edad debiera siempre concederse, solamente porque el artículo 38B no hace una remisión explícita ni siquiera implícita al artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Sería de hecho prevaricador que el operador de justicia procediera de esa manera so pretexto de que el artículo 38B no haga ni siquiera mención al Código de Infancia y Adolescencia. Y eso mismo sucede con la discusión que ahora se suscita, pues hay otros preceptos que

de forma tan palmaria regulan el sucedáneo, que no porque no estén en un único articulado dejan de ser aplicables.

Para la Sala es un verdadero contrasentido del impugnante que así como amonesta a la primera instancia haber interpretado una norma que siendo tan clara no admita hermenéutica alguna más que la de su sentido literal, persiga ahora que se deje de aplicar otra norma también regulatoria de la prisión domiciliaria, que aparece igual de clara cuando regenta que no hay cabida a conceder dicho mecanismo ante la existencia de antecedentes penales por delito doloso en cierto espacio temporal. En la razón del recurrente encuentra la Corporación que más que apelar al verdadero sentido de la norma, lo que aquel pretende es que se obvie deliberadamente de un presupuesto o condición legal de imperativa observancia.

Pero aun cuando esto no resultara suficiente, la misma comprensión sistemática del ordenamiento nos impone dirigir la mirada a disposiciones de índole superior, como las constitucionales, que refrendan lo que hasta ahora se viene diciendo. Sabemos que la Carta Política no únicamente está integrada por sus particulares artículos compositivos, sino también la intelección que del ordenamiento jurídico hace la Corte Constitucional, como autorizada que está para hacerlo. Vemos entonces que el inciso 1º del artículo 68A fue materia de esa revisión en sentencia C-425 de 2008, cuando fue encontrado ajustado a la Carta Magna, así.

“La exclusión de beneficios y subrogados penales sustitutivos de la pena privativa de la libertad o la prisión en establecimiento carcelario cuando la persona hubiera sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena penal, desarrolla el principio de la libre configuración normativa del legislador y se ajusta a la Constitución porque contiene una medida razonable y adecuada constitucionalmente”.

Igualmente, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia ha decantado con absoluta facilidad que entre los requisitos que determinan la viabilidad de conceder la prisión domiciliaria está justamente el inciso 1º del artículo 68A. Citemos lo siguiente:

“Si bien es cierto que el artículo 38B del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, amplió el requisito objetivo para su concesión de 5 a 8 años, también lo es que existe una prohibición legal en el artículo 68A, inciso 1º -vigente desde la fecha de ocurrencia de los hechos, mantenida en la actualidad- que impide otorgar la prisión domiciliaria pues ORLANDO ANTONIO SALAS VILLA fue condenado como autor del delito de prevaricato por acción el 9 de junio de 2017 por el mismo Tribunal [rad. 307-15], decisión confirmada por esta Corporación el 13 de diciembre de la misma anualidad [CSJ SP21175-2017, rad. 51173], siendo imposible concederla por ello, al estar debidamente probado tal antecedente penal, probado por la Fiscalía.”<sup>8</sup>

Es suficiente lo anterior para sellar esta parte del debate diciendo que el cargo del recurrente no será acogido. Se pasa entonces a elucidar si la Falladora podía valorar el cumplimiento del inciso 1º del artículo 68A mediante el empleo de un informe de antecedentes penales del encartado, cuyo traslado no se hizo en curso del acto de que trata el artículo 447 procesal penal sino en la verificación del preacuerdo mismo.

### **Las diligencias normadas en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.**

Después de que se ha dado a conocer el sentido de fallo condenatorio, bien en el trámite ordinario o en el que termina anticipadamente en virtud del allanamiento a cargos o del preacuerdo, el artículo 447 adjetivo prevé un espacio para abordar unos exclusivos temas, tales como las condiciones y antecedentes de todo orden del culpable, la probable determinación de la

---

<sup>8</sup> CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55.872

pena aplicable y la concesión de algún mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad. En dicho escenario, el juez debe conceder brevemente la palabra por una sola vez a la Fiscalía, la representación de víctimas y la defensa para que hagan referencia a esos tópicos. Ese canon también habilita a la Judicatura, con el fin de esclarecer esas materias si es necesario, a solicitar a cualquier institución pública o privada rinda informes.

Es preciso resaltar que dicho acto procesal no solamente se agota con la posibilidad de que los sujetos procesales eleven sus alegaciones sobre las referidas materias, sino que como es connatural puedan presentar sendos elementos materiales probatorios e información que las sustenten. Aunque no puede hablarse aquí de debate y producción probatoria como acontece en el juicio oral, porque prueba es solamente aquella que se tabula allí, se reconoce que el estadio procesal del artículo 447 sí comprende la actividad probatoria de los señalados aspectos, empero, tal despliegue es informal.

Significa lo anterior que el aporte de esos medios demostrativos no se guía por reglas como el descubrimiento, enunciación y solicitud probatoria, sino que basta con que la parte interesada corra traslado del elemento material o evidencia física que pretende utilizar. Lo que sí es que para que pueda hacer parte del proceso, el medio de convicción debe superar los parámetros generales de legalidad, licitud, admisibilidad y pertinencia, que el juez los valorará con fundamento en la alegación del solicitante, y siempre que se haya garantizado el derecho de contradicción del contendor.

Citemos por su conveniencia lo siguiente:

*“Ahora bien, en la providencia citada, que es justamente la que trae a colación la delegada del Ministerio Público, se parte de la base de que es posible desplegar una actividad probatoria en sede de la diligencia*

*para la individualización de la pena y sentencia; sin embargo, se aclara seguidamente, dicha actividad debe versar única y exclusivamente en torno a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Ello, desde luego, para que la Fiscalía y la defensa sustenten las pretensiones que a continuación formularán, en lo que respecta a la probable determinación de la pena y la concesión de subrogados.*

*(...) no obstante lo anterior, la norma no define cómo debe desarrollarse ese despliegue probatorio y si se asumiese únicamente su tenor literal, pareciera que el único facultado para adelantar la práctica probatoria es el juez, cuando, a partir de la información que le presentan las partes, determine que sea necesario solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto. En este sentido, con total acierto, llama la atención la Fiscal Delegada al manifestar que no es lógico que la actividad probatoria se limite a lo pericial, como quiera que algunos de los aspectos que refiere el dispositivo en comento, pueden acreditarse por la vía testifical directa.*

*Una interpretación exegética de la norma no puede ser de recibo, pues, considera la Sala que si en desarrollo de la diligencia de individualización de la pena y sentencia, las partes presentan alegaciones en las que aluden a aspectos que pueden influir en la dosificación punitiva o en la concesión o denegatoria de subrogados, es apenas natural y obvio que se les facilite su acreditación.*

***Sin embargo, debe recalcar que la actividad probatoria que así se suscite, es absolutamente informal, por manera que si “prueba” es, como ya se dijo, sólo la que se practica e incorpora en el juicio oral, los informes a los cuales alude la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se sustentan a través de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas, entrevistas o declaraciones que las partes pueden recolectar en su particular labor investigativa.***

***La incorporación de dichos medios de convicción en la diligencia de individualización de la pena y sentencia, está condicionada a los parámetros generales de legalidad, licitud, admisibilidad y pertinencia, los cuales valorará el juez con base en la alegación del solicitante, garantizando en todo momento el derecho de contradicción de la contraparte.***

*En todo caso, los elementos de juicio que se ofrecen en la actuación que se analiza, tienen como finalidad específica la demostración de un argumento. De allí entonces que su práctica e incorporación no está sujeta a las reglas determinadas por el legislador para el juicio oral, pues, se insiste, prima la informalidad y por ello es que el juez, de*

*considerar que no es procedente allegar alguno de ellos, debe rechazarlo de plano.*<sup>9</sup> (Negrillas fuera del texto original)

Tras dicha ilustración, es claro que el escenario natural por antonomasia para discutir aspectos tales como la probable concesión de sustitutos o subrogados penales es el que comprende el mentado artículo 447. Allí los sujetos procesales deben elevar las alegaciones que consideren pertinentes y aportar los elementos materiales probatorios que las soporten. Bajo esa línea, en el asunto de marras ciertamente lo acontecido en audiencia del 19 de febrero de 2020 no se apega a la ortodoxia procesal, pues la Fiscalía se limitó a indicar que se atenía todo lo que había sido rotulado y allegado con el preacuerdo, siendo que era en el espacio del artículo 447 que debía referirse explícitamente a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Sin embargo, que ello sucediera así no tiene el alcance y las implicaciones que reclama el recurrente.

Para discernir lo precedente, dígase que el procedimiento penal está guiado por unos principios rectores, que a la vez se comportan como garantías, mismos que según el artículo 26 de la Ley 906 de 2004 son de obligatorio cumplimiento, prevalecen sobre cualquier otra disposición de ese código y deben ser utilizados como fundamento y parámetro de interpretación. Entre tales normas rectoras, el artículo 10 dispone que la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. Adicionalmente, prevé que en ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial. A esa categoría también está elevado el dispuesto en el artículo 12, conforme al cual todos los que

---

<sup>9</sup> CSJ SP, 2 dic. 2015, rad. 44.840.

intervienen en la actuación, sin excepción alguna, deben obrar con absoluta lealtad y buena fe.

Sin dubitaciones tales principios rectores son lo que direccionan la resolución de este asunto, así: aun cuando es cierto que la Fiscalía no aportó ni corrió traslado de la consulta de antecedentes penales del encartado en el acto del artículo 447, sí lo hizo antes con la presentación verbal del convenio. Recordemos que de acuerdo con el registro de audio, una vez que su delegado expuso los términos del consenso y solicitó su aprobación, corrió traslado de plurales elementos de prueba, que señaló eran los mismos que habían sido descubiertos en la audiencia de formulación de acusación, entre los que se encontraban precisamente los informes sobre antecedentes penales –oficios 2019-0452592 y 2019-0601541 de la SIJIN MEPAS-. El persecutor preguntó a la defensa si era necesario que se verbalizara todo o parte del acervo probatorio, frente a lo cual dicho togado manifestó que no, porque ya los conocía<sup>10</sup>. Y ya entrada la individualización de pena, el señor fiscal señaló que frente a los aspectos que se tratan en ese marco procesal se atenía a lo consignado con el preacuerdo<sup>11</sup>.

Se desprende claramente de allí que el recurrente no ignoraba que en contra de su prohijado pesaban sendas sentencias condenatorias conforme los informes de Policía Judicial que el acusador presentó y sometió a su publicidad en audiencia pública. Luego, si lo que el acto del artículo 447 en lo sustancial es que busca permitir que las partes alleguen elementos suasorios y el opositor pueda conocerlos para controvertirlos, eso mismo se garantizó cuando la Fiscalía expuso el preacuerdo. Es decir, materialmente la defensa conoció en el curso del proceso que tuvo lugar el mismo 19 de febrero de

---

<sup>10</sup> Minuto 9:41.

<sup>11</sup> Minuto 22:59.

2020 la existencia de antecedentes penales del acusado, y de contera no fue sorprendida con documentos que nunca y de ninguna forma fueron incorporados. De hecho, en la individualización de pena el persecutor repitió que se remitía a todo lo que había sido contemplado con el preacuerdo.

A ese mismo estilo, quiere la Corporación resaltar que como esa situación no le resultaba desconocida al abogado, si era del caso que se pronunciara frente a los mencionados antecedentes penales podía hacerlo y nada se lo impedía. Veamos que eso fue lo que hizo precisamente cuando en su intervención después de aprobado el preacuerdo advirtió que el confeso procesado contaba con un arraigo definido, tal como *había sido consignado en todos los elementos de prueba la Fiscalía había otrora corrido traslado*<sup>12</sup>. Eso delata no solamente el conocimiento material de los medios de persuasión allegados por dicha entidad, sino que también se salvaguardó la posibilidad de que los confutara dentro de las materias que se abordan en la llamada individualización de la pena, porque así lo hizo con uno de los elementos trasladados.

Lo último mencionado no puede pasar desapercibido para indicar que razón asiste al Ministerio Público cuando aseverara que la defensa no actuó con lealtad. Para la sustentación de su alzada el togado ha increpado que la Fiscalía presentó el informe de antecedentes penales de forma soterrada y que así mismo procedió la Judicatura a la hora de su valoración, pero ha callado en torno a que aquel sí era conocedor de dicho documento y que declinó por su propia cuenta a que fuera verbalizado, porque señaló que tenía conciencia de todos los elementos del acusador. A la par, por su participación en los actos del artículo 447 adjetivo se ha valido de uno de aquellos

---

<sup>12</sup> Minuto 26:07.

elementos de prueba antes exhibidos por la Fiscalía, pese a lo cual respecto del que no le es favorable se ha sentido asaltado.

Quiere condensarse con lo precedente que pese a lo un tanto exótica de esa parte de la actuación procesal, desde una perspectiva sustancial el apelante conoció dentro de la misma audiencia concentrada lo relacionado con la existencia de antecedentes penales, y por cuenta de ello tuvo garantizado su espacio para pronunciarse frente a ello en el acto de la individualización de la pena. Así además, los derechos fundamentales del procesado a la defensa y contradicción no se menoscabaron.

Respecto de los demás motivos de disenso que en este acápite formuló el disidente, no es correcto aducir que la Falladora propulsó una actividad probatoria oficiosa, que con todo sí está permitida en la diligencia de individualización de la pena, y que la hizo a espaldas de los sujetos procesales como si se tratara de un sistema inquisitivo. La Juzgadora hizo partir su estudio desde un elemento de prueba que fue allegado al proceso por la Fiscalía y expuesto materialmente por esta frente a su contraparte. En modo alguno ese documento aquella lo produjo por su propia cuenta ni lo ocultó para sacarlo a luz solamente con la emisión de la sentencia. Por eso sí podía ser tenido en cuenta válidamente por ella.

Cosa distinta es que la Fiscalía erradamente pidió que se concediera la prisión domiciliaria al procesado, pese a que ese mismo ente suministró un informe sobre la existencia de antecedentes penales; pero eso no ata a la Judicatura como si se tratara de hacer una mera refrendación del acto de voluntad del persecutor. Al sentenciador le compete adoptar las decisiones que en derecho correspondan conforme lo probado en el proceso, y eso fue lo que hizo la *A quo*.

### **Definición del caso concreto**

Decantado aquello, la resolución del caso concreto deviene ser sencilla. No obstante que la sentencia se impuso por conducta punible cuya pena mínima prevista es de menos 8 años de prisión, dado que el homicidio agravado tentado con la disminución punitiva reconocida en el preacuerdo es penado de 33.33 a 225 meses de prisión, y el reato no está enlistado en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, el procesado cuenta con una sentencia condenatoria por delito doloso dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena.

Según los oficios 2019-0452592 y 2019-0601541 de la SIJIN MEPAS del 18 de julio y 18 de septiembre de 2019, respectivamente, al señor VARP le figura una sentencia condenatoria del 1º de febrero de 2016 emanada del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto por un punible de tentativa de homicidio dentro del proceso 5200160990032201303727 y N.I 10.000. Por estar incurso en el referido veto no cabía que se le conceda la prisión domiciliaria, ergo, se confirmará la decisión de primer nivel.

### **Decisión**

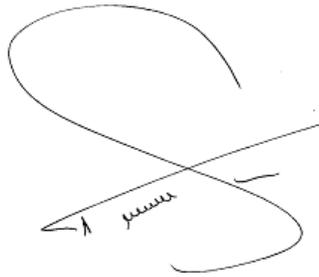
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **Resuelve:**

**Primero.- Confirmar** la providencia objeto de apelación.

**Segundo.-** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según así lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

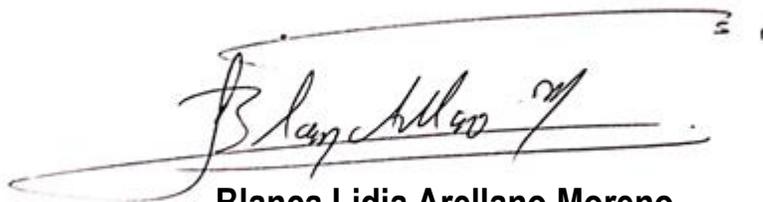
Notifíquese y Cúmplase.



**Franco Solarte Portilla**  
**Magistrado**



**Héctor Roveiro Agredo León**  
**Magistrado**



**Blanca Lidia Arellano Moreno**

363

**Magistrada**



**JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ**  
**Secretario**

**REGISTRO DE PROYECTO No. 075**

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

**HACE CONSTAR**

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, así como el Acuerdo CSJNAA20-21 del 24 de junio de 2020 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, 1º de julio de 2020.

  
**JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ**  
Secretario