

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Pereira, veintiséis (26) de noviembre del dos mil veinte (2020)
Aprobado por acta No. 849
Hora: 2:30 p.m.

PROCESADO: JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA RADICADO: 66001 60 00 000 2020 00006 01 DELITOS: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO CON TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL PROCEDE: JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA ASUNTO: SE DESATA RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA SENTENCIA CONDENATORIA. TEMA: REQUISITOS PARA LA PRISIÓN DOMICILIARIA DECISIÓN: SE CONFIRMA FALLO OPUGNADO

ASUNTO A DECIDIR:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procesado **JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA** en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 4 de marzo de los corrientes dentro del proceso que se le siguió en contra del aludido encausado por incurrir en la comisión del delito de hurto calificado y agravado en concurso con el reato de tráfico o porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

ANTECEDENTES:

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura, tuvieron ocurrencia en esta localidad a eso más o menos de las 20:30

horas del 10 de octubre de 2.018, y están relacionados con la captura en flagrancia, por parte de efectivos de la Policía Nacional, de los ciudadanos YORBIS JOSÉ VALERA DELGADO; THOMAS LARGO TEJADA y JHONATAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA, quienes momentos antes habían participado en un asalto, perpetrado con el empleo de un arma de fuego, en las instalaciones del centro de servicio de pagos y apuestas "APOSTAR" ubicado en la carrera 8 número 26-68 de esta municipalidad.

SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

- 1) Las audiencias preliminares se celebraron el 11 y 12 de octubre de 2.018 ante el Juzgado 6º Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Control de Garantías, mediante las cuales al ahora procesado JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con el punible de tráfico o porte de armas de fuego de defensa personal previstos en los artículos 239, 240, 241 y 365 del C.P.
- 2) Presentado oportunamente el escrito de acusación, el conocimiento del proceso le fue asignado por reparto al Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, ante el cual el 11 de marzo de 2019 se celebró la audiencia de formulación de la acusación. Posteriormente, el 15 de octubre de 2.019 tuvo lugar la audiencia preparatoria.
- 3) Previa la instalación de la audiencia de juicio oral, las partes le informaron al Juzgado del Conocimiento que habían llegado a un preacuerdo, razón por la que la audiencia de verificación del mismo se llevó a cabo el 28 de enero de 2.020, diligencia en la cual se aprobaron los términos del preacuerdo celebrado, y en consecuencia se llevó a cabo la individualización de pena de conformidad con lo que dispone el art. 447 del CPP.

- 4) La sentencia condenatoria se profirió el 4 de marzo de 2.020, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el procesado JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA.
- 5) En sede de 2ª instancia el conocimiento de la actuación le fue asignado al Despacho número 2 de esta Corporación, cuya titular se declaró impedida por haber proferido el fallo confutado, razón por la que, ante la aceptación de la declaratoria de impedimento, el conocimiento del proceso se le asignó al Despacho número 1 de esta Corporación.

EL FALLO CONFUTADO:

Como se sabe, se trata de la sentencia proferida el 4 de marzo hogaño por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA por incurrir en la comisión del delito de hurto calificado y agravado en concurso con el reato de tráfico o porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal del procesado JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA, el susodicho fue condenado a purgar una pena de 10 años de prisión, e igualmente, por no cumplirse con los requisitos de ley, no se le reconoció el disfrute de subrogados ni de substitutos penales.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el Juzgado de primer para declarar la responsabilidad criminal del procesado, se basaron en la decisión del acusado de pactar un preacuerdo con la Fiscalía, sumado a las pruebas habidas en la actuación, las cuales satisfacían los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria.

LA APELACIÓN:

La inconformidad expresa por el recurrente en la alzada estaba relacionada con la no concesión por parte del Juzgado de primer

PROCESADO: JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA
RADICADO: 66001 60 00 000 2020 00006 01
DELITOS: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO CON TRÁFICO O
PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL
PROCEDE: JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
ASUNTO: SE DESATA RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA
SENTENCIA CONDENATORIA.
DECISIÓN: SE CONFIRMA FALLO OPUGNADO

nivel del sustituto de la prisión domiciliaria, pena a la cual adujo el apelante tener derecho debido a su estado de salud por tener una mano “partida” desde hace varios meses, sumado a la vulneración al derecho a la salud por parte del INPEC, aunado a que no cuenta con familiares en el departamento y es una persona de escasos recursos.

De igual manera, expuso el apelante que tiene tres hijos a los cuales debe sacar adelante, quienes pasan necesidades porque su progenitora es trabajadora informal en las calles de Bogotá D.C.

LAS RÉPLICAS:

La Defensa técnica al intervenir como no recurrente, expuso que el interés que le asistía al procesado para fungir como recurrente se encontraba circunscrito en obtener una pronta atención en los servicios de salud, para lo cual Ella ha acudido a la UPPV y de la misma lo han remitido a urgencias.

En lo que tenía que ver con el fallo confutado, la no recurrente alegó que la sentencia apelada se ciñó al preacuerdo suscrito entre las partes, razón por la cual no coadyuva la petición del penado al advertir que ninguna vulneración del principio de legalidad se presentó y se obtuvo la sentencia más favorable para los intereses del acusado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

La Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, acorde con lo consignado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P. es la competente para asumir el conocimiento del presente asunto, por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal de uno de los Circuitos que hacen parte de este Distrito Judicial.

Igualmente, la Sala no avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que haya incidido para viciar de nulidad la presente actuación y que conspire de manera negativa en la resolución de fondo de la presente alzada.

- Problema Jurídico:

Acorde con el contenido de las tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, de la misma, como problema jurídico, se desprende el siguiente:

¿Se cumplían con los requisitos necesarios para que la pena de prisión intramural impuesta al procesado JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA, como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado en su contra, pudiera ser substituida por prisión domiciliaria?

- Solución:

Teniendo en cuenta que los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con expresar su inconformidad con el no reconocimiento en favor del procesada JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA de la pena substitutiva de la prisión domiciliaria, considera la Sala pertinente hacer un somero y breve estudio sobre las características del susodicho subrogado punitivo, para luego determinar si en efecto el Juzgado *A quo* estuvo o no atinado en la decisión opugnada.

Acorde con la clasificación que el Código Penal ha hecho de las penas, las mismas se dividen en principales y substitutivas¹, fungiendo la prisión domiciliaria en la categoría de pena substitutiva de la pena de prisión debido a que con la misma ocurre un cambio en lo que corresponde con el sitio de reclusión del reo, el cual no será la prisión intramural sino el lugar en donde el condenado tenga su residencia o morada.

¹ Artículos 35 y 36 C.P.

Es de destacar que la prisión domiciliaria admite muchas modalidades que son disimiles entre sí debido a que se fundamentan en fines y propósitos diferentes.

Entre dichas modalidades se encuentran las siguientes:

- La básica, que se encuentra reglamentada por el artículo 38 C.P. (subrogado por el artículo 22 de la Ley 1.709 de 2.014).
- La prisión domiciliaria por detentar el condenado o condenada la calidad o condición de Padre o Madre de cabeza de familia, que es regulada por la Ley 750 de 2.002².
- La prisión domiciliaria por el cumplimiento de la mitad de la condena, la cual es reglada por el artículo 38G C.P. (artículo 28 de la Ley 1.709 de 2.014).

Es de anotar que a pesar que una de las anteriores modalidades de la pena de prisión domiciliaria tienen unas características que le son propias aunado a que para la procedencia de las mismas se hace necesario el cumplimiento de unos requisitos que difieren entre sí, bien vale la pena tener en cuenta que entre ellas existe un factor o elemento que le es común, el cual consiste en que todas tienen la calidad de pena sustituta, y en tal condición se deben regir por los principios y funciones que deben cumplir las penas, acorde con lo consignado en los artículos 3º y 4º del Código Penal.

Tomando lo antes enunciado como marco conceptual, considera la Sala, tal como de manera atinada lo adujo el Juzgado *A quo* en el fallo confutado, que en el presente asunto no se cumplían con los presupuestos objetivos necesarios para que el procesado JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA pudiera hacerse acreedor de la modalidad sustitutiva de la pena de prisión domiciliaria regulada por el artículo 38 C.P. (subrogado por el artículo 22 de

² Es de resaltar que esta es la única modalidad de la prisión domiciliaria que además de un análisis objetivo requiere de uno de tipo subjetivo para su procedencia, en atención a que las apreciaciones subjetivas para la concesión de la susodicha pena sustitutiva fueron abrogadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley # 1.709 de 2.014.

la Ley 1.709 de 2.014), en atención a que los delitos por los cuales se pregonó su responsabilidad criminal, el hurto calificado y agravado en concurso con el porte de armas de fuego de defensa personal, respectivamente son sancionados con unas penas mínimas de 12 y 9 años de prisión, las que exceden el tope mínimo de los 8 años exigido por el numeral 1º del artículo 38B C.P. como uno de los requisitos necesarios para la subrogación de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria.

A lo anterior, se le debe sumar que uno de los delitos por los cuales se declaró la responsabilidad criminal del procesado, el hurto calificado, se encuentra dentro del listado de reatos consagrados en el artículo 68A C.P. para los cuales se encuentra prohibido la concesión de subrogados y de substitutos penales.

De lo antes expuesto, concluye de manera preliminar la Sala, en lo que corresponde con el régimen ordinario de la pena de prisión domiciliaria, que el procesado no podía hacerse merecedor a dicha pena sustituta en atención a que, como bien lo hemos demostrado en párrafos anteriores, no se cumplían con los requisitos exigidos por la ley para su procedencia.

Ahora, en lo que tiene que ver con la modalidad de la pena de prisión domiciliaria por detentar el encausado la condición de padre cabeza de familia, es de anotar que la razón de ser de dicha pena sustitutiva no es la de favorecer al procesado o condenado sino procurar la protección del menor de edad y de esa forma precaver que no quede desamparado o expósito como consecuencia de la privación de la libertad de la persona llamada a brindarle protección, custodia o cuidado.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido de la siguiente opinión:

“La finalidad de la norma es garantizar la es garantizar (sic) la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el

interés superior del menor, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estratagema del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio....”³.

Lo antes expuesto nos quiere decir que le asiste la obligación al interesado, de hacerse acreedor de la aludida pena sustitutiva, de demostrar que tiene unos menores de edad o personas discapacitadas bajo su manutención, custodia o cuidado, y que no existe otra u otras personas que puedan reemplazarlo o relevarlo en dicho rol en caso que sea privado de la libertad, lo cual a su vez conllevaría a que los menores de edad o los discapacitados queden expósitos o en la inopia.

Al aplicar lo antes expuesto en el caso *subexamine*, considera la Sala que no se cumplen con los presupuestos necesarios para la concesión de la aludida pena sustitutiva, por cuanto en el proceso se carece de medios de conocimiento que demuestren que el procesado tenga bajo su custodia, protección o tutela a menores de edad o personas discapacitadas, o que el acusado sea la única persona en el mundo encargada de la manutención o el cuidado de esas hipotéticas personas discapacitadas o de esos menores de edad, máxime cuando él mismo en la alzada admitió que los hijos que tiene, en la actualidad se encuentran bajo el cuidado de su progenitora en la ciudad de Bogotá D.C. por lo que es factible concluir que la prole del procesado no se encuentra desamparada, porque, se insiste, existe una persona encargada de su protección o tutela.

Acorde con lo anterior, es suficiente para que la Sala colija que el Juzgado de primer nivel estuvo atinado en no otorgarle al procesado JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, porque no se cumplían con los requisitos necesarios para la concesión de la aludida pena sustitutiva de la pena de prisión intramural.

³ Corte Constitucional: Sentencia C-154 del 7 de marzo de 2007.

PROCESADO: JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA
RADICADO: 66001 60 00 000 2020 00006 01
DELITOS: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO CON TRÁFICO O
PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL
PROCEDE: JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
ASUNTO: SE DESATA RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA
SENTENCIA CONDENATORIA.
DECISIÓN: SE CONFIRMA FALLO OPUGNADO

Siendo así las cosas, la Sala concluye que no le asiste la razón a los reproches que el apelante ha efectuado en contra del fallo confutado y por ende dicha sentencia ha de ser confirmada en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por el recurrente.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la celebración de la audiencia para enterar a las partes e intervinientes de lo resuelto y decidido mediante el presente proveído, la Sala se abstendrá de hacerlo como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, por lo que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 4 de marzo del año en curso, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado **JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA** por incurrir en la comisión del delito de hurto calificado y agravado en concurso con el reato de tráfico o porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

SEGUNDO: DISPONER como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio

PROCESADO: JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA
RADICADO: 66001 60 00 000 2020 00006 01
DELITOS: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO CON TRÁFICO O
PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL
PROCEDE: JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
ASUNTO: SE DESATA RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA
SENTENCIA CONDENATORIA.
DECISIÓN: SE CONFIRMA FALLO OPUGNADO

Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

TERCERO: DECLARAR que en contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado por los legitimados para recurrir dentro de las oportunidades de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ
Magistrada
CON DECLARATORIA DE IMPEDIMENTO

Firmado Por:

MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

PROCESADO: JONATHAN ALEXIS TORRES ANDUQUÍA
RADICADO: 66001 60 00 000 2020 00006 01
DELITOS: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO CON TRÁFICO O
PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL
PROCEDE: JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
ASUNTO: SE DESATA RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA
SENTENCIA CONDENATORIA.
DECISIÓN: SE CONFIRMA FALLO OPUGNADO

Código de verificación:

**41880a8fe5d652e15b1646bcefcd4bc6a23620120410f9a9
224a4e8abba9ae97**

Documento generado en 26/11/2020 02:56:01 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>