

República de Colombia



*Tribunal Superior de Cúcuta
Sala Penal*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA SALA PENAL DE DECISIÓN

**Magistrado Ponente:
EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA**

Aprobado, Acta No. 359.

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintiuno (2022).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado **CIRO ALFONSO LIZCANO GALVIS**, contra la sentencia anticipada proferida el 14 de julio de 2021, por el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO MIXTO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA**, mediante la cual lo condenó como responsable del delito de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, y Otro*.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Señaló la primera instancia en la sentencia el siguiente componente fáctico¹:

“La presente acción penal se originó como consecuencia de una declaración bajo reserva de identidad, en donde se decía que en la

¹ Archivo No. 12 obrante en el proceso digital de la primera instancia.

vivienda demarcada como Manzana J3, lote 19 del barrio Atalaya, primera etapa de esta ciudad, un hombre conocido como LIZCANO guardaba unas armas de fuego que alquilaba a otras personas para la comisión de actos delictivos, procediendo a suministrar las características de la vivienda y del indiciado, recalcando que era pensionado de la Policía Nacional. Agregó esta fuente que el tal LIZCANO también suministraba elementos al grupo guerrillero del Ejército de Liberación Nacional y que, por su condición de armero, les reparaba las armas de fuego, declarando que, inclusive tuvo la oportunidad de observar unas armas de fuego, proveedores y munición.

Con esta información y la verificación de la existencia del inmueble, el patrullero JHOINER FABUIÁN VILLAMIZAR TARAZONA solicita y obtiene de la Fiscalía una orden de allanamiento y registro a la vivienda atrás anotada, diligencia ésta que se realizó el día 20 de octubre del presente año, a eso de las 10:00 am, determinando que allí se encontraba el ciudadano CIRO ALFONSO LIZCANO GALVIS sentado cerca de la mesa de centro y junto a él una bolsa de color blanco, admitiendo que los elementos en su interior eran de su propiedad. Los policiales proceden a revisar el contenido de la bolsa y encuentran setenta (70) cartuchos calibre 5.56 milímetros, un cartucho calibre 28, tres (3) cartuchos calibre 16, once (11) cartuchos calibre 12, una granada de fragmentación, cuarenta y seis (46) cartuchos calibre 9 milímetros, dos (2) chalecos arnés color verde con sus porta proveedores, dos (2) uniformes color verde oliva, dos (2) proveedores para munición calibre 5.56 milímetros y una pistola Pietro Beretta, calibre 9 milímetros, serie D77856, fabricada en Italia y un permiso para su porte número P1068305 con dos (2) proveedores con capacidad para doce (12) cartuchos. A un costado de la mesa de centro, dentro de otra bolsa de color blanco, los investigadores hallan una escopeta marcha Winchester, calibre 20, número de serie 87975, fabricada en USA.

El sorprendido en flagrancia no exhibió permiso alguno de autoridad competente que le permitiera tener consigo esos elementos bélicos (...).”

El 21 de octubre de 2020², ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cúcuta, la Fiscalía formuló imputación a

² Archivo No. 03 ídem.

CIRO ALFONSO LIZCANO GALVIS como presunto autor de los delitos de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, y de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos*, sin que aceptara los mismos.

Se presentó acta de preacuerdo por las referidas conductas³, por lo que en diligencia del 10 de mayo de 2021⁴, la Fiscalía verbalizó el mismo, consistente en degradar la forma de participación de LIZCANO GALVIS en los referidos punibles, de autor a cómplice, para efectos de establecer el monto de la rebaja de la pena impuesta, acuerdo que fue aprobado por la primera instancia.

Finalmente, el señor Juez a-quo, una vez surtido el trámite del art. 447 de la Ley 906 de 2004, profirió la respectiva sentencia anticipada el 14 de julio de 2021⁵, en la que dispuso entre otras cosas, condenar a CIRO ALFONSO LIZCANO GALVIS a la pena principal de 70 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos*, consagrado en el art. 366 del Código Penal, y de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, estipulado en el art. 365 ídem, negándole los subrogados de la pena y la prisión, fallo objeto de alzada por parte del procesado⁶.

DE LA SENTENCIA APELADA

La primera instancia en sentencia anticipada del 14 de julio de 2021, luego de hacer referencia a los medios de prueba arrimados, además de tener en cuenta la aceptación de cargos por vía de preacuerdo, señaló básicamente que el enjuiciado con su comportamiento puso en peligro, sin justificación alguna, el bien jurídico de la *seguridad pública*, y al momento de la comisión de la

³ Archivo No. 04 ídem.

⁴ Archivos Nos. 07-08 ídem.

⁵ Archivos Nos. 10-12 ídem.

⁶ Archivo No. 14 ídem.

conducta punible tenía conocimiento de la ilicitud de su acto, pudiéndose autodeterminar conforme a esa comprensión.

De otro lado, indicó que no había lugar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues no se cumplía con el requisito objetivo establecido en el art. 63 del Código Penal, toda vez que la pena impuesta superaba los 4 años de prisión.

Que respecto a la prisión domiciliaria de acuerdo a lo establecido en el art. 38B del Código, la sentencia a imponer es por conductas punibles cuyas penas mínimas previstas en la Ley es superior de 8 años, por lo que no cumple con dicho requisito objetivo que se exige para el referido subrogado, atendiendo la posición que ha decantado la jurisprudencia en materia de preacuerdos.

Con base en ello, resolvió entre otras cosas, condenar a CIRO ALFONSO LIZCANO GALVIS a la pena principal de 70 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos*, consagrado en el art. 366 del Código Penal, y de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, estipulado en el art. 365 ídem, negándole los subrogados de la pena y la prisión.

LA APELACIÓN

El procesado **CIRO ALFONSO LIZCANO GALVIS**, inconforme con lo adoptado por la primera instancia, presentó y sustentó recurso de apelación, alegando en esencia que no es de recibo lo expuesto para negarle la prisión domiciliaria consagrada en el art. 38B del Código Penal, pues se empleó una falacia interpretativa al estudiar dicho sustitutivo, toda vez que cuando se acepta responsabilidad con el fin de que la Fiscalía degrade la participación de autor a cómplice, el Juzgador debe analizar el citado subrogado de acuerdo a los

extremos punitivos estipulados para el cómplice, tal como lo ha establecido la jurisprudencia.

Por lo anterior, solicitó que se modifique la parte resolutive de la sentencia proferida en el sentido de que la condena es a título de “*cómplice*” de los delitos endilgados; así mismo, pidió que se revoque lo adoptado en cuanto a la negativa de concederle la prisión domiciliaria, y en su lugar, se le otorgue el referido subrogado.

CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto en este asunto, ejercicio que debe cumplirse teniendo en cuenta el principio de limitación que rige la segunda instancia, y conforme al cual, debe centrar el estudio en la resolución de los planteamientos jurídicos expuestos por el recurrente y en aquellos que están inescindiblemente vinculados.

Visto lo que es materia de inconformidad, para el presente asunto, la Sala concreta su pronunciamiento a lo que fue y es elemento del recurso de apelación, esto es, si para el caso del procesado, se cumplen los presupuestos establecidos en el art. 38B del Código Penal, para acceder a la prisión domiciliaria, pues el recurrente refiere que el citado sustituto se debió estudiar bajo la luz de la complicidad que se le otorgó con ocasión del preacuerdo celebrado.

Se debe recordar, que el preacuerdo suscrito por las partes, consistió únicamente en degradar la forma de participación del acusado, de autor a cómplice, en los delitos de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos*, consagrado en el art. 366 del Código Penal, y de *fabricación, tráfico y porte de*

armas de fuego o municiones, estipulado en el art. 365 ídem, para efectos de establecer el monto de la rebaja de la pena impuesta, acuerdo que fue aprobado por la primera instancia, profiriéndose la sentencia anticipada objeto de apelación.

En el referido fallo, el señor Juez a-quo de forma acertada, le negó al enjuiciado la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ya que no cumplía con el primer requisito establecido en el art. 38B del Código Penal, pues la sentencia se impuso por conductas punibles cuya pena mínima prevista en la Ley es superior a 8 años.

Aclarándosele al procesado, que precedentes recientes de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, recogieron la posición que se había fijado para estos casos, estableciendo que los acuerdos deben respetar la calificación jurídica conforme al núcleo fáctico, y la concesión que se otorga es con la única finalidad de establecer la pena a imponer, debiendo ser estudiados los subrogados a la luz de la calificación endilgada y no la acordada.

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia SU479 del 15 de octubre de 2019, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 24 de junio de 2020, con rad. 52227, estipularon que, atendiendo las malas prácticas al momento de suscribir los preacuerdos que no respetaban garantías fundamentales, entendidas como el principio de legalidad y demás principios constitucionales, así como los fines del art. 348 de la Ley 906 de 2004, los acuerdos debían mantener la calificación jurídica correspondiente al componente fáctico, y el beneficio o concesión que se otorgaba, era con la única finalidad de fijar el monto de la pena, por lo que los requisitos de procedencia de los subrogados y sustitutos penales debían examinarse a la luz de la calificación jurídica imputada y no la acordada.

La Alta Corporación Ordinaria en providencia SP359-2022 del 16 de febrero de

2022, rad. 54535, reiteró:

“En ese orden, concierne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica, probatoriamente sustentada y que la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, de modo que el procesado comprenda con claridad que la calificación jurídica del punible objeto de imputación o acusación no sufre en esas condiciones variación alguna y que, salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos, con sus anejas consecuencias.

(...)

Por tanto, como se condenó como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales, así se le haya impuesto la sanción del cómplice la cual fue referida exclusivamente para fines punitivos y no como un cambio de la tipicidad.

Por eso, carecen de fundamento los cargos propuestos en la medida en que, en contra de lo aducido por el censor, no medió violación directa de norma alguna por errónea interpretación, toda vez que el aspecto cuantitativo de los subrogados fue examinado en relación con el cargo preacordado, que lo fue, se reitera, el de autor de porte ilegal de armas, cuya sanción mínima es de 9 años de prisión, límite que ciertamente excluye el análisis y el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como así se decidió en la sentencia recurrida, la cual, por ende, no será casada.”

Así las cosas, en el sub júdice se profirió sentencia en contra de CIRO ALFONSO LIZCANO GALVIS, por el punible de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, preceptuado en el art. 365 del Código Penal, cuya pena mínima prevista por el legislador, corresponde a nueve (9) años de prisión, mientras que el delito del art. 366 ídem, relacionado con el *porte de armas de uso restringido*, consagra una de once (11) años, montos que superan los ocho (8) años como límite máximo exigido para la concesión del referido mecanismo sustitutivo.

Por lo tanto, resultó correcta la decisión de la Juez de primer grado, toda vez

que tuvo en cuenta para analizar la concesión de la prisión domiciliaria, la pena definida en la Ley conforme lo exige el numeral 1º del artículo 38B del Código Penal, puesto que como lo ha dejado establecido recientemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los preacuerdos el estudio de los subrogados penales se determinan con base en la pena de la conducta realizada, y no en la acordada, ya que se debe mantener la calificación jurídica correspondiente al componente fáctico, por lo que el beneficio o concesión que se otorga, es con la única finalidad de establecer el monto de la pena.

En conclusión, se le indica al censor, que no es viable el otorgamiento de la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38B del Código Penal, toda vez que, como fue expuesto, la pena para los delitos relacionados superan el mínimo de 8 años de prisión, siendo necesario resaltar que el descuento concedido fue reconocido para efectos netamente punitivos, y no afectó el mínimo de la pena fijado en la Ley, por lo que al no reunirse el citado requisito objetivo, no es posible abordar el análisis de los demás presupuestos, como lo pretende de forma errada el apelante.

Finalmente, se le aclara al recurrente en cuanto a que se modifique la parte resolutive de la sentencia en el sentido de que la condena es a título de “*cómplice*”, que la jurisprudencia ha consagrado que el Juez debe emitir el respectivo fallo es por el delito imputado, lo que guarda correspondencia con el art. 350 de la Ley 906 que preceptúa que “*el imputado se declarará culpable del delito imputado*”, pero la pena que se impone es la fijada en el preacuerdo⁷, que para el caso en particular fue la que se determinó una vez se degradó la participación de autor a cómplice en los punibles referenciados, por lo que no es de recibo lo solicitado en este aspecto.

Con base en todo lo anterior, se confirmará la decisión objeto de alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

⁷ Providencia SP359-2022 del 16 de febrero de 2022, rad. 54535.

DE CÚCUTA – SALA PENAL DE DECISIÓN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha señaladas, por las razones expuestas en la motivación.

SEGUNDO: Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de Casación.

TERCERO: Una vez en firme, por la Secretaría de la Sala, **DEVUÉLVASE** la actuación al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA
Magistrado Ponente



JUAN CARLOS CONDE FERRANO
Magistrado

(EN PERMISO)
SORAIDA GARCÍA FORERO
Magistrada



OLGA ENID CELIS CELIS
Secretaría Sala Penal