Magistrado Ponente: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
Número de Radicación: 13-001-60-01129-2021-03474-00 Rad. Int. G 3 0011 de 2021
Tipo de decisión: Confirma sentencia.
Fecha de la decisión: 24 de enero de 2022.
Clase y/o subclase de proceso: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

PRISIÓN DOMICILIARIA COMO MECANISMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN /Figura creada por el legislador por razones de política criminal, con la que se pretende, que aquellos delincuentes autores de conductas punibles que comporten poca lesividad social, puedan acceder a un mecanismo que les permita sustituir el lugar donde deberían pagar la condena impuesta por su lugar de domicilio o cualquier otro lugar donde el juez lo determine, diferente al establecimiento carcelario, Tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa

PRISIÓN DOMICILIARIA/ Requisitos**.**

IMPROCEDENCIA OBJETIVA DE LA PRISIÓN DOMICILIARA/ Prohibición expresa del art. 68 A del C.P.

ANTECEDENTE PENAL/CARGA DE LA PRUEBA/ Circunstancia en virtud de la cual se ha proferido contra el sujeto pasivo de la acción penal una sentencia de carácter condenatorio que ha hecho tránsito a cosa juzgada, bien porque contra ella no se interpusieron los recursos de ley, ora porque los mismos fueron decididos en disfavor del apelante. Quien pretenda alegarlo queda compelido a aducir la correspondiente prueba de ella.

EXAMEN DE PROCEDENCIA DE BENEFICIOS Y SUBROGRADOS/ Debe hacerse con la calificación jurídica que corresponde a los hechos, en calidad de autor, esto conforme a las circunstancias en que se ejecutó la conducta objeto de juzgamiento, y no de cómplices, siguiendo la adecuación propuesta por las partes para obtener una pena más benévola a favor del procesado.

FUENTE FORMAL/ Artículo 38B de la ley 599 de 2000, adicionado por la ley 1709 de 2014, artículo 68A de la ley 599 de 2000 modificado por la ley 1709 de 2014

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2012. M.P Luis Ernesto Vargas Silva, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 16 de marzo de 2006. M.P. Álvaro Vélez Pinzón

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA PENAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ

Radicación:	13-001-60-01129-2021-03474-00 Rad. Int. G 3 0011 de 2021
Procedencia:	Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena
Procesado:	Jhon Felipe Fuentes Segovia
Delito:	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
Decisión:	Confirmar

APROBADO POR ACTA No. 010

Cartagena, veinticuatro (24) de enero de dos mil veintidós (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor Jhon Felipe Fuentes Segovia, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena el día 5 de octubre de 2021, mediante la cual condenó al acusado, como autor responsable del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

II. SINTESIS DE LOS HECHOS

El día 18 de julio de 2021, aproximadamente a las 13:45 horas en el barrio Chino de esta ciudad, más exactamente en la calle 29-B de la avenida del Lago, dos policiales le solicitaron una requisa personal al señor Jhon Felipe Fuentes Segovia, quienes le encontraran en la pretina del jean que vestía un arma de fuego tipo revolver

pavonado, empuñadura de carey, con numero interno 44xx9 y numero externo 13D0785 con dos cartuchos sin percutir y un cartucho calibre 38 percutido, sin que enseñara documentación que acreditara su legalidad.

Este particular había sido agredido por la comunidad que lo acusaba de intentar cometer un hurto, hecho que motivó la alerta de la ciudadanía a los agentes del orden y, por ende, la solicitud de requisa.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. En virtud de los anteriores hechos, y teniendo como fundamento los elementos materiales probatorios, la evidencia física e información obtenida legalmente, el día 27 de julio de 2021, la Fiscalía solicitó ante el Juzgado Décimo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartagena, audiencia preliminar para la legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, por el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en contra del señor Jhon Felipe Fuentes Segovia.

El Juez de control de garantías, le impartió legalidad a la captura del indiciado, quien una vez comunicado de la formulación de imputación por el punible antes referido no aceptó los cargos. Seguidamente, se le impuso medida de aseguramiento intramural.

2. Posteriormente, las partes celebraron un preacuerdo, consistente en que se impondría la pena de cómplice en la conducta antes descrita, como única rebaja compensatoria. El conocimiento de la actuación correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, sede judicial en la cual, el día 20 de septiembre del año 2021, se realizó la respectiva audiencia de verificación de

preacuerdo, oportunidad en la que se impartió aprobación al mismo, tras constatarse que efectivamente la manifestación de aceptación hecha por el aquí procesado era libre, voluntaria y debidamente informada, se procedió a avalarla, y en consecuencia se anunció fallo condenatorio.

3. Posteriormente, el 5 de octubre del año 2021**,** se realizó el trámite previsto en el artículo 447 del C.P.P., y se instaló la respectiva audiencia de lectura del fallo, mediante el cual, se resolvió condenar al procesado, en calidad de autor responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, así como a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal. Igualmente, se negó la concesión de cualquier beneficio o subrogado penal.

4. Así las cosas, enterado de la negativa de otorgar beneficio alguno, se presentó recurso de apelación por parte de su apoderado, el cual una vez sustentado en la misma audiencia, fue concedido ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

IV. DE LA APELACIÓN

La defensa solicitó que a su defendido se le conceda la prisión domiciliaria como quiera que las anotaciones judiciales que presenta no son antecedentes y dado que el delito por el cual es condenado no aparece dentro de los excluidos de beneficios en el art. 68A del C.P.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Provee la Sala en relación con el recurso de apelación puesto a su consideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 de la ley 906 de 2004, dentro de los límites de su competencia.

2. Es del caso entonces entrar a revisar si tal como lo indicó el recurrente, erró el Juez de primera instancia al considerar que en el presente caso no se encuentran satisfechas las exigencias para la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria.

3. Si bien nadie discute la improcedencia objetiva de la prisión domiciliara a favor de los procesados, por prohibición expresa del art. 68 A del C.P., respecto al tema propuesto, la Sala considera pertinente recordar que el artículo 4º del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Por su parte, el artículo 35 del mismo Estatuto reza: *"*Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial", siendo la prisión domiciliaria sustitutiva de la pena de prisión, siempre y cuando se cumplan las condiciones necesarias para su aplicación, las cuales se establecen de manera general por el legislador.

Significa lo anterior que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

La prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión es aplicable en aquellos casos que merecen un menor reproche social, sin que esto signifique en

ningún momento dejar desprotegida a la comunidad frente a potenciales delincuentes. Es una especie de prisión atenuada para casos leves y delincuentes ocasionales que no revisten mayor peligro para la comunidad y para los cuales el juez pueda deducir fundadamente que no evadirán el cumplimiento de la pena y que no continuarán desarrollando actividades delictivas. Ésta antes de constituirse en un mecanismo jurídico, resulta ser una figura creada por el legislador por razones de política criminal, con la que se pretende, como ya se explicó, que aquellos delincuentes autores de conductas punibles que comporten poca lesividad social, puedan acceder a un mecanismo que les permita sustituir el lugar donde deberían pagar la condena impuesta por su lugar de domicilio o cualquier otro lugar donde el juez lo determine, diferente al establecimiento carcelario.

En el artículo 38 de la ley 599 de 2000, la prisión domiciliaria estaba concebida como un mecanismo sustitutivo de la prisión que exige una serie de requisitos tanto de carácter objetivo -el quantum de pena prevista para el delito-, como subjetivo -análisis del desempeño personal, social, laboral que fundadamente permitan deducir que no se colocará en peligro a la comunidad-, condiciones unas y otras que, por su carácter concurrente, han de comprobarse para el otorgamiento del instituto en mención. Sin embargo, ese artículo se vio modificado por la ley 1709 de 2014, normatividad que eliminó el requisito de carácter subjetivo, y agregó que para la concesión del beneficio era necesaria la demostración del arraigo del procesado.

Así las cosas, se tiene el artículo 38B de la ley 599 de 2000, adicionado por la ley 1709 de 2014, establece que son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

> *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."*

4. Así pues, tenemos que en la audiencia de individualización de la pena celebrada el día 5 de octubre del año 2021, la delegada de la Fiscalía nada dijo acerca de la existencia de antecedentes judiciales, solamente refirió que al señor Jhon Felipe Fuentes Segovia le aparecen "9 anotaciones, casi la gran mayoría se encuentra en etapa de indagación y algunas inactivas, inactivas en etapa de indagación. Solo un proceso que data del año 2019 que se encuentra activo en etapa de juicio.", luego de lo cual, procedió a precisar en qué consistía cada una de dichas anotaciones, observando la Sala que, tal y como lo sostiene el apelante, ninguna corresponde a un antecedente.

Frente a tal postura hay que decir que la noción de antecedente penal está circunscrita a aquella circunstancia en virtud de la cual se ha proferido contra el sujeto pasivo de la acción penal una sentencia de carácter condenatorio que ha hecho tránsito a cosa juzgada, bien porque contra ella no se interpusieron los recursos de ley, ora porque los mismos fueron decididos en disfavor del apelante[1],

---

[1] Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2012. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

cuestión de donde se sigue que quien pretenda alegar tal premisa queda compelido a aducir la correspondiente prueba de ella.

De ahí que, si es la Fiscalía quien, como titular del ejercicio de la acción penal, echa mano de la existencia de un antecedente para oponerse a la concesión de cualquier beneficio es deber suyo, en virtud del arquetipo procesal escogido- sistema adversarial- demostrar esa pretensión fáctica, de suerte tal que no lo quede al juez la más mínima duda acerca de su existencia, pues en caso de duda, en virtud del principio universalmente aceptado, deberá resolver siempre en favor del acusado.

Lo anterior, por cuanto en las en las actuaciones surtidas bajo la egida de la ley 906 de 2004, el grado cognoscitivo de certeza racional o demostración más allá de duda razonable es predicable tanto de la existencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado, como de los factores que inciden en los ítems relacionados con las consecuencias del delito, vale decir, aquellos supuestos que pueden influir en la concesión o no de subrogados penales o de la prisión domiciliaria[2].

Así las cosas, no es posible tener el conocimiento en el grado de más allá de toda duda razonable el antecedente judicial señalado, dado que no se corroboró la existencia de sentencia condenatoria por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, esto mediante elemento emanado de funcionario o autoridad competente, en el que se certifique además su fecha de ejecutoria. Por lo tanto, no puede tomarse como antecedente penal la información apreciada por el a quo sobre unas anotaciones que registran otros procesos penales en contra del sentenciado, activos e inactivos, sin sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso dentro de los últimos 5 años.

---

[2] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 16 de marzo de 2006. M.P. Álvaro Vélez Pinzón

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, al no haberse acreditado la existencia de antecedente penal en su momento procesal en contra del señor Jhon Felipe Fuentes Segovia, solo resulta procedente entrar a examinar factores de carácter objetivo para la concesión del beneficio, tal como lo establece el artículo 38B de la 599 de 2000 modificado por la ley 1709 de 2014.

Lo anterior, por cuanto se tiene que el procesado resultó condenado a una pena superior a los 4 años de prisión que demanda el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 63 del C.P.) como máximo de pena impuesta, como requisito objetivo para su concesión, razón por la que se procede a examinar la procedencia de la prisión domiciliaria.

5. Sobre ello, si bien es cierto que el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones no se encuentran consagrado en el artículo 68A de la ley 599 de 2000 modificado por la ley 1709 de 2014, como conducta punible sobre la cual no está permitida la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, y por ende se cumpliría con el segundo requisito previsto en el art. 38B que consagra esta figura, la Sala deberá detenerse en un aspecto no considerado por el defensor en torno al primer requisito:

> *Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*

Se tiene que el señor Jhon Felipe Fuentes Segovia resultó condenado en calidad de autor por un punible que contempla una pena mínima de prisión de 9 años, sin la rebaja punitiva prevista para la figura de la complicidad reconocida en el preacuerdo como único beneficio a favor del procesado.

Al respecto, debe considerar que en la providencia SP- 4225 del 2020, proferida dentro del Rad. 51478, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ocupó de precisar que cuando las partes realizan un acuerdo que implica la variación de la calificación jurídica, dicha modificación no abarca la responsabilidad de los procesados, sino que debe tomarse únicamente como referente para el cálculo de dosificación, con miras a disminuir la pena a imponer:

> *"La Corte resalta que en los preacuerdos el fiscal debe negociar los beneficios a partir de la adecuación típica de la conducta conforme a las circunstancias y las consecuencias jurídicas que correspondan al caso, así se declaró desde la sentencia C-1260/2005 cuando al analizar el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 que permite al Fiscal y al imputado "llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias" la Corte Constitucional indicó que los hechos deben calificarse conforme a la descripción que ha realizado previamente el legislador.*
>
> *Luego, cumplido el deber de calificar la conducta como corresponde a la ley preexistente, los negocios en los que se acuda a elementos del tipo penal (eliminación, readecuación) únicamente deben ser utilizados para cuantificar la rebaja de la sanción, esas modificaciones no involucran la responsabilidad, la calificación de una manera específica es como lo dice el legislador "con miras a disminuir la pena".*
> *(…)*
> *La Corte avala los preacuerdos en los casos en los que el acuerdo no está encaminado a variar la calificación jurídica, sino solamente, como se dio en este caso, a hacer alusión a una norma favorable punitivamente para el procesado, que no se ajusta a la hipótesis fáctica aceptada y que tiene solo el carácter teleológico de establecer el monto de la rebaja punitiva, sin tocar la responsabilidad.*
>
> ***En esa modalidad no se busca que el juez al emitir la sentencia incluya el precepto acordado y cambie la calificación jurídica dada a los hechos**, de ahí que el debate no se suscita en sede de tipicidad a fin de establecer si el aspecto fáctico guarda correspondencia con la norma aplicada, sino en el ámbito de la punibilidad para establecer el monto de rebaja o beneficio acordado." (Negrillas y subrayas de la Sala).*

Descendiendo al caso en concreto, se observa que el señor Jhon Felipe Fuentes Segovia fue acusado por la Fiscalía General de la Nación en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y no de cómplice, tal y como se declaró en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia. La complicidad solo fue la figura implementada en el preacuerdo celebrado

por las partes, a fin de que se aminorara la pena imponible, como único beneficio a cambio de la renuncia que hicieren los acusados a ser vencidos en un juicio oral.

En ese orden de ideas, el examen de procedencia de beneficios y subrogrados debe hacerse con la calificación jurídica que corresponde a los hechos, en calidad de autor, esto conforme a las circunstancias en que se ejecutó la conducta objeto de juzgamiento, y no de cómplices, siguiendo la adecuación propuesta por las partes para obtener una pena más benévola a favor del procesado.

6. En consecuencia, no resulta procedente el reclamo del apelante en este sentido, pues, aunque por motivos distintos a los esbozados por el a quo al momento de denegar el beneficio de la prisión domiciliaria, lo cierto es que no se reúnen los requisitos objetivos necesarios para su concesión, imponiéndose la confirmación del fallo recurrido en todos sus apartes.

Por lo expuesto **el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 5 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación, dentro de la oportunidad y en la forma indicada en el artículo 183 de la Ley 906/04, para cuyo efecto se mantendrá el asunto en la Secretaría de la Sala Penal.

TERCERO: La presente decisión se notificará conforme a los acuerdos vigentes. Una vez en firme este proveído remítase la carpeta al Juzgado de procedencia, e infórmese de la decisión al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Cartagena, para el correspondiente registro.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO PONENTE

PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO[3]

---

[3] Apelación de Sentencia en proceso seguido contra Jhon Felipe Fuentes Segovia por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Radicación: 13-001-60-01129-2021-03474-00. Rad. Int. G 3 0011 de 2021.