

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ

Radicación:	13-001-6001128-2020-04272-00 Rad Int. Grupo 1 No. 003 de 2023
Procedencia:	Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena
Procesado:	Dagoberto Manuel Serrano Mora
Delitos:	Violencia intrafamiliar
Decisión:	Se confirma el fallo

APROBADO POR ACTA No. 109

Cartagena, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE LA DECISION

Decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor Dagoberto Manuel Serrano Mora, contra la sentencia de 2 de noviembre de 2021, a través de la cual el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena lo condenó a la pena principal de 12 meses y 15 días de prisión, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión y, otras prohibiciones, al hallarlo culpable del delito de violencia intrafamiliar agravado, en virtud de un preacuerdo suscrito entre las partes.

II. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Fueron descritos en el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

“El día 7 de agosto de 2020, aproximadamente a las 4 de la tarde, en el corregimiento de Arroyo de las Canoas, de la ciudad de Cartagena, el señor DAGOBERTO MANUEL SERRANO MORA, agredió físicamente a su ex compañera permanente FLOREIDIS CISNEROS ZUÑIGA, de quien se había separado luego de haber convivido por 5 años, madre de su hijo menor de edad, de 5 años de edad. Ocurrió que DAGOBERTO llegó al lugar y entró en discusión con FLOREIDIS, luego de que ella le dijo que no quería nada con él y que estaba viendo a otra persona la reacción de DAGOBERTO fue desproporcionada, violenta, la haló

por el cabello, la tumbó en la cama, le daba cachetadas y puños en la cara, cuando intentó incorporarse, le dio un puño en la espalda.

El día 23 de julio de 2020, a las 8:40 de la noche ella iba en una moto hacia su trabajo en Manzanillo del Mar y él le halo el bolso y la hizo caer en la carretera haciendo que se golpeará en el pecho, todo porque ella se negó a darle la comida que le estaba exigiendo.

También le partía los teléfonos, la ha amenazado con la pistola en varias ocasiones, la seguía, la acosaba, la llamaba, le molestaba que ella se vistiera con ropa corta, se la partía, le molestaba que ella saliera, pero si él lo hacía y ella le reclamaba el llegar tarde, era otra historia, como hace un año y medio atrás en su vivienda, cuando vivían juntos y él le pegó un puño, que la dejó inconsciente, al punto que iba a ser trasladada la clínica por su hermana, pero reaccionó primero. Los maltratos también eran verbales y constantes, todo el tiempo la llamaba fea y gorda, la hacía sentir mal y la humillaba, le decía que iba a llamar a la empresa donde ella trabajaba para hacerla quedar mal o le iba a quitar las llaves de la moto para que llegara tarde a su trabajo y la echaran.”

III. ACTUACION PROCESAL

1.- De acuerdo con los hechos expuestos y teniendo como fundamento los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, el día 24 de enero de 2021, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Cristóbal-Bolívar, se legalizó su captura, se realizó el traslado del escrito de acusación por la comisión del delito de violencia intrafamiliar agravada y se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de su residencia.

2. Correspondió al Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena adelantar la etapa de conocimiento, en cuya sede, el día 27 de septiembre 2021 se llevó a cabo la audiencia de verificación de preacuerdo, momento en el que se decidió su legalidad.

En esa data, se adelantó el trámite previsto en el art. 447 del C.P.P, en la cual, el representante de la Fiscalía indicó que el procesado tiene arraigo en un lugar diferente a la residencia de la víctima. A su vez, sostuvo que el condenado permaneció privado de la libertad en el lugar de su residencia por el término de 8 meses con ocasión a la medida de aseguramiento impuesta. Por esos argumentos, resaltó que se puede dar aplicación a lo dispuesto en el art. 38G del C.P.

Esas peticiones fueron coadyuvadas por la defensa del señor Serrano Mora.

3. Finalmente, el día 2 de noviembre de 2021 el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena dictó fallo por medio del cual declaró la responsabilidad penal del señor Dagoberto Manuel Serrano Mora como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada y le impuso una pena principal consistente en 12 meses y 15 días de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y por el mismo término de la pena de prisión.

A su vez, dispuso *“la prohibición del derecho de residir en determinados lugares en este caso de la víctima entendido este como la residencia de la víctima y sus familiares), 10, 11 y 6 al igual que la tenencia o porte de arma toda vez del art. 43 C.P. prohibición de aproximarse, comunicarse a las víctima, toda vez que atendiendo los fines teológicos de la norma lo que busca es la garantía su protección de la misma por el lapso de la pena principal ello conforme lo dispuesto en el art. 51 del C.P. INC. FINAL del mismo articulado atendiendo la gravedad de los hechos y en aras de la protección.”*

Respecto a la solicitud de aplicación del 38G del C.P, indicó que, se cumplían con los tres requisitos relacionados en esa norma para conceder la prisión domiciliaria, debido a que el procesado llevaba privado de la libertad con ocasión a la medida de aseguramiento más de la mitad del tiempo de la pena a imponer, la conducta no se encontraba dentro del listado de delitos enunciados y se estaba acreditado su arraigo.

No obstante, advirtió que, pese a que la víctima del ilícito y el procesado no residían en la misma vivienda, existía grado de proximidad entre estos. Esto, al habitar en el mismo corregimiento. Sumado a ello, destacó que el señor Dagoberto Serrano continuó acercándose a la morada de la víctima a continuar maltratos. Además, recalcó que, el hecho de vivir en el mismo corregimiento, es incompatible con la prohibición descrita en el numeral 7. De ese modo, consideró que el procesado, al pretender la concesión de ese beneficio, debía acreditar su asentamiento en un lugar distinto al corregimiento de arroyo de las canoas.

Finalmente, afirmó que el caso particular no se cumplía con los requisitos para ordenar la libertad condicional.

4.- Inconforme con ello, el defensor presentó recurso de apelación contra la decisión. Al respecto, señaló que el procesado ha demostrado un buen comportamiento durante el tiempo en el que estuvo cobijado con la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia. A su vez, resaltó que su representado no materializa los presupuestos del art. 308 de la ley 906 de 2004.

Por último, destacó que el señor Dagoberto Manuel Serrano Mora no cuenta con antecedentes penales y manifestó su real arrepentimiento por la conducta cometida. También, resarcó los daños generados a la víctima.

5. Se deja constancia que, pese a que la sentencia objeto de pronunciamiento data del 2 de noviembre de 2021, el reparto de su apelación solo tuvo lugar el día 26 de junio de 2023.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. La Sala es competente para conocer este caso, como lo dispone el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, en cuanto se procede por el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena. Para la resolución del recurso el Tribunal centrará su estudio en los aspectos sobre los cuales se expresa la censura, incluyendo los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 Ibídem.

Conforme a lo expuesto por el apelante en la sustentación del recurso, se concluye que su reparo se centra en la revocatoria de la medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención en el lugar de su residencia.

Para centrar el objeto de debate, cabe aclarar que, en la sentencia condenatoria, el juez de primera instancia se abstuvo de conceder el beneficio de prisión domiciliaria dispuesto en el art. 38G del C.P al considerar que era incompatible con la prohibición descrita en el numeral 7 del art. 43 de esa norma, la cual fue impuesta como una pena accesoria a la principal. Esto, al residir la víctima en el mismo corregimiento en el que

vive el procesado, de quien se demostró, además, que se siguió acercando a la vivienda de esta con el fin de maltratarla.

2. Es del caso entonces entrar a revisar si, era procedente apreciar en favor del procesado la carencia de antecedentes penales y el hecho de venir cobijado con una medida de aseguramiento en el lugar de la residencia, cumpliendo cabalmente con los compromisos adquiridos, así como el hecho de resarcir los daños y demostrar un real arrepentimiento por sus acciones.

Para resolver el planteamiento formulado, 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:

“ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”

Por su parte, el art. 38G del C.P dispone la concesión del beneficio de prisión domiciliaria así:

“ARTÍCULO 38G. <Ver Notas de Vigencia> <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado.

PARÁGRAFO. Los particulares que hubieran participado en los delitos de peculado por apropiación, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, interés indebido en la celebración de contrato, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, acuerdos restrictivos de la competencia, tráfico de influencias de servidor público, enriquecimiento ilícito, prevaricato por acción, falso testimonio, soborno, soborno en la actuación penal, amenaza a testigos, ocultamiento, alteración, destrucción material probatorio, no tendrán el beneficio de que trata este artículo.”

Como vemos, los requisitos que deben coexistir para que se otorgue el beneficio de prisión domiciliaria, de acuerdo al art. 38G, son los siguientes: i) Cuando se haya cumplido la mitad de la condena, ii) Que se cumplan los presupuestos de los numerales 3 y 4 del art. 38B, iii) Que el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima y iv) Que no haya resultado condenado por alguno de los delitos enlistados en ese art.

En el asunto de marras, se aprecia que el a quo consideró que, a pesar de que el señor Dagoberto Serrano Mora cumple con todos los presupuestos descritos en ese artículo, no era posible la concesión de ese beneficio. Esto, al ser incompatible con una de las

penas accesorias impuestas, concretamente, la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, puesto que, al momento de acreditar su arraigo, se demostró que su residencia se ubica en el mismo corregimiento de la víctima de los ilícitos. Sin embargo, aclaró que, el procesado puede aspirar a este beneficio, en el evento en el que acredite que reside en un corregimiento distinto en el que mora su víctima.

Tal determinación, a juicio de esta Corporación se torna razonable y congruente con la finalidad de las penas impuestas. Es así, por cuanto no resulta lógico que, se imponga, como pena accesoria al condenado, la prohibición de residir en determinados lugares¹ y la de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella² y, se le conceda el beneficio de la prisión domiciliaria, cuando el procesado reside en el mismo corregimiento en el que habita víctima, es decir, a una proximidad cercana a esta, cercanía que, viene vedada de la misma pena accesoria.

Es por ello que, incluso el a quo, alertó de la posibilidad con la que cuenta el condenado de aspirar al beneficio del art. 38G, siempre y cuando, demuestre que habita en un lugar distinto al que reside la víctima.

Sobre la carencia de los antecedentes judiciales, arrepentimiento del victimario y el resarcimiento de los daños, se observa que ni el art. 38B ni el art. 38G del C.P. establecen que estos sean factores determinantes para conceder, de cualquier forma, el beneficio allí contemplado. Valga decir, que, inclusive, la carencia de antecedentes penales es una circunstancia estándar para la mayoría de los ciudadanos.

Respecto al hecho de venir cobijado con una medida de aseguramiento en el lugar de residencia, debe recordar la Sala que la competencia de los jueces de control de garantías se contrae a resolver las solicitudes que les son formuladas en audiencia. No obstante, sus decisiones en materia de libertad no constituyen una camisa de fuerza para el juez de conocimiento, quien es el competente para imponer la pena o medida de seguridad correspondiente, de acuerdo al artículo 40 de la ley 906 de 2004 que reza:

¹ Art. 43 C.P, numeral 7.

² Art. 43 C.P, numeral 10.

“anunciado el sentido del fallo, salvo las excepciones establecidas en este Código, el Juez del conocimiento será el competente para imponer penas y las medidas de seguridad, dentro del término señalado en el capítulo correspondiente”.

Además, resulta pertinente aclarar que los fines de la medida de aseguramiento, nada tienen que ver con los de la pena. Es por ello, que el Juez de conocimiento, al momento de proferir su sentencia condenatoria no verifica la existencia de los presupuestos contemplados en el art. 308 del C.P.P. debido a que estos, fueron examinados por el legislador para la imposición de las medidas de aseguramiento.

Conforme a lo expuesto, el reproche de la defensa carece de vocación de prosperidad. Por esto, se impondrá la confirmación integral de la sentencia confutada.

Finalmente, esta Sala no pasa por alto la tardanza incurrida en el reparto del presente trámite por parte del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Cartagena, la cual fue consignada en la siguiente constancia:

“ 2). EXPEDIENTE RECIBIDO EN EL CSJ EL 26 DE JUNIO DEL 2023 Y REENVIADO A ESTE GRUPO PARA SU REPARTO EL 26 DE JUNIO DEL 2023 (OSCAR MACHADO - GRUPO EJECUCION Y PENAS, QUIEN, AL VERIFICAR LA FECHA DE LA EJECUTORIA DE SENTENCIA, AVIZORA UN RECURSO DE APELACIÓN EL CUAL NO SE HA SURTIDO. DICHO PROCESO FUE REGISTRADO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA S. XXI, POR EL EMPLEADO CRISTIAN TINOCO (ACTUALMENTE NO LABORA EN CSP-SPA), QUIEN EN SU MOMENTO NO LO REMITIÓ AL GRUPO DE EJECUCIÓN Y PENAS, NI TAMPOCO AL GRUPO DE REPARTO, PARA LO CONCERNIERTE AL RECURSO DE APELACION EN MENCION).”

Por ello, dispondrá CONMINAR al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio para que impartan los correctivos necesarios a fin de procurar que estas situaciones que afectan la eficaz administración de justicia se repitan en futuras ocasiones.

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 2 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena, contra el señor Dagoberto Manuel Serrano Mora, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONMINAR Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio para que impartan los correctivos necesarios a fin de procurar que estas situaciones que afectan la eficaz administración de justicia se repitan en futuras ocasiones.

TERCERO: 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.

CUARTO: la presente decisión se notificará conforme a los acuerdos vigentes. Una vez en firme este proveído remítase la carpeta al juzgado de procedencia.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO PONENTE



PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA



JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO³

³ Apelación de Sentencia en proceso seguido contra Dagoberto Serrano Mora, por el delito de violencia intrafamiliar agravado. Radicación: 13-001-6001128-2020-04272-00. Rad Int. Grupo 1 No. 003 de 2023.