

 <p>RAMA JUDICIAL REPUBLICA DE COLOMBIA</p> <p>JUSTICIA PENAL BUGA</p>	<p>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</p>	 <p>ERES EXCELENCIA RESPONSABILIDAD ÉTICA SUPERACION</p>
<p>Código: GSP-FT-45</p>	<p>Versión: 1</p>	<p>Fecha de aprobación: 22/05/2012</p>

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

Magistrada Ponente:
MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO

Radicado: 76318-60-00-176-20146-00346-01/AC-280-17
Guadalajara de Buga, cinco de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Proyecto discutido y aprobado por Acta No. 188

1. OBJETIVO.

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la sentencia que por vía de preacuerdo profirió el Juzgado Promiscuo Municipal de Guacarí (V) mediante la cual se condenó a NESTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO, por el delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA en concurso homogéneo y sucesivo (4), a la pena de TRES (3) AÑOS, Y CINCO (5) MESES de prisión. Se le negaron los mecanismos sustitutivos de la libertad y la prisión domiciliaria.

2. ANTECEDENTES.

2.1- Los hechos que dieron origen a la presente causa fueron expuestos en el escrito de preacuerdo, así:

“En el corregimiento de Sonso, municipio de Guacarí-Valle, barrio Lombardía, dentro de la vivienda sin nomenclatura siendo aproximadamente a las 8:30 horas del 8 de diciembre de 2014, el señor NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO, identificado con la cédula 1.114.452.015 de Guacarí, maltrató verbalmente a la señora KELY JOHANA SUAZA PIZARRO, quien es la madre de su hija menor de edad, a quien violentó físicamente tirándola al suelo y golpeándola con patadas en su cuerpo, además la agredió verbal y

psicológicamente, ofendiéndola de palabra con adjetivos de grueso calibre y palabras vergonzosas.

Posteriormente el día 12 de octubre del año 2015, siendo aproximadamente las 7:00 de la noche en la misma vivienda del barrio Lombardía del corregimiento de Sonso, municipio de Guacarí, lugar donde llegó el señor NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO y al llegar de mal humor, arremetió en contra de la señora KELY JOHANA SUAZA PIZARRO, amenazándole la mesa del comedor y la comida encima, golpeándola en la parte de las costillas, hecho que realizó en frente de su menor hija.

Como tercer hecho se tiene el ocurrido el día 13 de octubre del año 2015, siendo aproximadamente las 2:30 de la tarde, el señor NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO, por vía telefónica le manifiesta a la señora KELY JOHANA que si ella lo dejaba lo mataba, amenazas que la víctima puso en conocimiento de la inspección de policía del municipio.

Luego el día 3 de septiembre de 2016, siendo aproximadamente las 2:30 de la tarde en casa de los abuelos de la víctima que se encuentra ubicada en la calle 3 número 11-23, barrio Los Almendros del municipio de Guacarí-Valle, cuando el señor ARANA MONTENEGRO, después de una discusión con la víctima la agredió tomándola del brazo derecho fuertemente, causándole un morado en el brazo y no bastándole con ello la agredió verbalmente con palabras pedestres.

Para ese mismo 3 de septiembre de 2016, minutos más tarde, ya en la casa de los padres del señor ARANA MONTENEGRO, la cual está ubicada en el barrio Lombardía del corregimiento de Sonso, municipio de Guacarí, la señora KELY decide ir a recoger a su hija a dicho domicilio, pero fue investida (sic) por el señor ARANA MONTENEGRO, quien le lanzó una patada, acudiendo la señora KELY JOHANA PIZARRO, a las instalaciones de fiscalía a poner en conocimiento los hechos, siendo remitida a medicina legal, donde se dictaminó una incapacidad definitiva de 7 días sin secuelas médico legales.

2.2.- La imputación jurídica realizada a NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO, por la conducta anterior, se llevó a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ginebra, el 18 de febrero de 2017, por el delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA descrita en el artículo 229 inciso segundo del Código Penal, cargo que no aceptó. El juzgado le impuso medida de aseguramiento de DETENCIÓN PREVENTIVA en establecimiento carcelario.

2.3.- La Fiscalía y la Defensa por vía de preacuerdo acordaron la aceptación de cargos del imputado ARANA MONTENEGRO bajo los siguientes lineamientos: la rebaja de la

mitad de la pena punible consistente en SEIS (6) AÑOS y DIEZ (10) MESES para tener una sanción definitiva de TRES (3) AÑOS y CINCO (5) MESES.

2.4.- El Juzgado Promiscuo Municipal de Guacarí, llevó a cabo la audiencia de verificación de preacuerdo e individualización de pena y sentencia, la cual se llevó a cabo el 15 de junio de 2017. La Fiscalía hizo entrega de los siguientes elementos materiales probatorios: (i) formato único de noticia criminal; (ii) copia de la cédula de ciudadanía de la víctima; (iii) acta de derechos y deberes de las víctimas; (iv) copia de registro civil de nacimiento de la menor; (v) solicitud de medida de protección a la policía nacional; (vi) informe pericial forense; (vii) formato de consentimiento informado para realización de examen clínico forense, valoraciones siquiátricas o psicológicas forenses y otros procedimientos forenses; (viii) historia clínica del Hospital San Roque (2); (ix) órdenes a policía judicial; (x) formato de arraigo e individualización; (xi) entrevista a la víctima; (xii) informe de investigador de campo; (xiii) entrevista a la menor; (xiv) acta de medida de protección para personas amenazadas.

Para efecto de la individualización de la pena y la sentencia, la Defensa aportó como sustento de su solicitud de sustitución de prisión intramural por la domiciliaria los siguientes elementos: (i) registro civil de la menor Lauren Taliana Arana Suaza; (ii) oficio suscrito por la víctima en donde se excusó por su no asistencia a la audiencia, solicitando se le conceda la prisión domiciliaria y permiso para trabajar al acusado con el fin de poder obtener recursos para su hija menor; (iii) orden de archivo spoa 76318-6000-176-2016-00347 por el delito Inasistencia alimentaria; (iv) declaración extrajuicio rendida por la víctima Kely Johana Suaza el 8 de junio de 2017; (v) dos constancias expedidas por el administrador de la empresa Maderplex en donde expone que el acusado cuenta con la oportunidad de reintegrarse a su puesto de trabajo como auxiliar de producción.

2.5.- El 21 de junio del año en curso, se profirió la sentencia condenatoria. La Defensa interpuso recurso de apelación.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

La señora Jueza Promiscua Municipal de Guacarí, quien con los elementos materiales probatorios que demuestran la materialidad de la conducta, unidos a la aceptación de cargos del imputado, encontró reunidos los requisitos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para proferir sentencia condenatoria. Impuso como pena, la preacordada de TRES (3) AÑOS y CINCO (5) MESES por encontrarla ajustada a la legalidad y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción principal, demandada por el artículo 229 del Código Penal en concurso homogéneo y sucesivo, agravada por el inciso segundo. Se le encontró así a NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO, autor responsable del ilícito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA en concurso homogéneo y sucesivo (4).

Le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por prohibición expresa de la ley, según el artículo 68A del Código Penal. Respecto de la prisión domiciliaria, la del artículo 38 ibídem, por expresa prohibición legal antes citada, e insuficiencia de los elementos aportados por la defensa para obtener el mecanismo sustitutivo.

4. EL RECURSO

La Defensa sustentó su inconformidad con la sentencia en lo atinente a la negación del subrogado de la prisión domiciliaria y permiso para trabajar.

Argumentó la togada que la Aquo no analizó los elementos materiales probatorios aducidos con el objeto de obtener el sustituto de la prisión domiciliaria y que si bien se encuentra la prohibición de la ley 1709 de 2014, a través de las pruebas se podía dilucidar que su representante es un hombre con arraigo, responsable y trabajador; además porque se satisface el presupuesto objetivo. Igualmente solicita que se aplique el principio de favorabilidad sin explicar el presupuesto de transición de normas.

5. CONSIDERACIONES

5.1.- Competencia.

Habilitada se encuentra esta sección de la Sala Penal del Tribunal Superior para desatar el recurso de alzada interpuesto contra la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guacarí (V) adscrito territorialmente al Distrito Judicial de Buga. Se obra entonces de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 que gobierna la ritualidad de este proceso penal.

5.2.- Problema Jurídico.

Conforme a la tesis propuesta por la recurrente, le compete a esta sección de la Sala Penal, establecer si la A-quo incurrió en un yerro al negarle al sentenciado NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO la sustitución de la prisión domiciliaria.

5.3.- De la prisión domiciliaria en el caso concreto.-

El artículo 38 del Código Penal establece que:

“La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine.

El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.

***Parágrafo.** La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto”.*

A su vez el artículo 38B, adicionado por la Ley 1709 de 2014 contempló los siguientes requisitos para acceder a la prisión domiciliaria.

“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 68 A de la ley 599 de 2000.

3.- Que se demuestre el arraigo familiar y social.

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 previa autorización 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).-(...)”

Consecuente con la anterior disposición, más concretamente lo contemplado en el numeral 2º del artículo 38B de la ley 599 de 2000, encontramos el artículo 68 A, modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 que contempla:

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. *No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

*Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; **violencia intrafamiliar**; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera;*

exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

PARÁGRAFO 1o. *Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.*

PARÁGRAFO 2o. *Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.*

Para la Sala no existe discusión alguna acerca de que el sentenciado NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO satisface el primer presupuesto objetivo contemplado en el numeral 1º del artículo 38B del Código Penal, porque la pena contemplada para el delito por el cual se condena no supera los ocho (8) años de prisión; sin embargo, como de manera acertada lo expuso la Juez Aquo en su sentencia, el artículo 38B exige además del cumplimiento del anterior requisito, ***que el delito por el cual se encuentre condenado el procesado no se encuentre previsto en alguno de los contemplados en el artículo 68 A, situación que no se satisface en este evento pues el señor NÉSTOR ARANA es responsable de la conducta punible de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA por demás en concurso homogéneo y sucesivo, ante los reiterados actos de agravio elevados a quien en el momento de la ejecución de todas las conductas con excepción de la última, fuera su compañera permanente y madre de su hija.***

Es de anotar que conforme al principio de la non reformatio in pejus, tratándose la Defensa del único apelante, el Tribunal se abstendrá de pronunciarse de fondo respecto de la última conducta violenta, del 3 de septiembre de 2016, fecha para la cual ya no convivían bajo el mismo techo por ruptura de la unión marital de hecho, atípica entonces para el delito de Violencia Intrafamiliar pero si, descrita en el tipo

penal de lesiones personales, primer inciso del artículo 112, agravada por la condición de género de la víctima, (artículo 119 inciso 2º) en la medida que todos los comportamientos integrados en el concurso homogéneo sucesivo (4) fueron sancionados con el quantum favorable de diez (10) meses de prisión, que fue objeto de la negociación y en tal sentido no puede variarse.

Lo anterior, únicamente para la corrección jurídica de la Fiscalía y de la Jueza en futuros casos, conforme a la reciente jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia. ¹

En el punto concreto de disenso, en efecto, la Jueza Aquo estaba imposibilitada jurídicamente de acceder a la solicitud de la Defensa, pues pese a que se asegura que existe prueba documental a través con la cual se demuestra que la víctima y victimario ya no conviven, que el acusado es buen padre de familia, responsable, trabajador, lo cierto es que tal prohibición releva totalmente a la jueza de adentrarse a analizar el aspecto propuesto.

Aceptar los cargos por vía de preacuerdo y que sea su deseo el continuar trabajando para cumplir con su obligación alimentaria no son circunstancias que permitan al juez estudiar los subsiguientes presupuestos, cuando se incumple con el contemplado en el numeral 2º del artículo 38B del Código Penal.

Ahora bien, si se discutiera, que no lo hizo el recurrente, la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que también se impide por prohibición expresa, sus antecedentes sociales y familiares revisados desde los hechos señalados en la acusación, consistentes en que el condenado golpeaba a su pareja, de manera brutal, ejerciendo violencia física y psicológica, sin importarle siquiera la presencia de su pequeña hija quien desde muy temprana edad conoció en el seno de su núcleo familiar la violencia por cuenta de la ejercida por su padre contra su progenitora, de manera reiterada, tal como lo expresó a través de la entrevista rendida

¹ CSJ. Sentencia del 7 de junio de 2017. Radicación 48047.

ante el técnico investigador de la Fiscalía, conforme a la aprobación del cuestionario de la defensora de Familia adscrita al ICBF, señalando la menor sin dubitación alguna que mientras convivieron con su padre, aquel le propinaba golpes a su madre en el rostro, el abdomen y las piernas, e incluso una vez, la vio sangrar, por la nariz.

Los anteriores hechos, dan cuenta de la personalidad agresiva del acusado que permite avizorar el cumplimiento de los fines de la prevención especial y general de la pena, razones entre otras, tenidas en cuenta por el legislador colombiano para negarle esta posibilidad al autor de esta conducta punible.

El sentenciado a través de su defensa solicita permiso para trabajar bajo el argumento de "poder prestar alimentos para su hija", hipótesis que descarta la Sala, pues la prueba enseña que sólo a través de la conminación de la vía judicial es que cumple con su obligación alimentaria, de esto da cuenta la denuncia presentada por la víctima del 26 de septiembre de 2016, en donde expone el incumplimiento de NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO de acatar con la cuota alimentaria pactada a través de conciliación. Tampoco se sustentaron por la Defensa los requisitos de la prisión domiciliaria por tener el sentenciado la calidad de padre cabeza de familia.

Si bien, la víctima mediante memorial pide que se acceda a la solicitud de la Defensa, ello tampoco obliga a la Judicatura a conceder el mismo, pues precisamente este delito dejó de ser querellable ante la fragilidad y manipulación a la que se ven sometidas las mujeres que han sufrido este tipo de relaciones de subordinación y de violencia con los padres de sus hijos, evento que no puede servir de fundamento para soslayar la teleología de la prohibición de conceder el mecanismo sustitutivo de la pena de prisión. Esto aunado, a la ausencia de sustento legal.

Por último respecto a la "favorabilidad", en primer lugar la Defensa no alude en su escrito cuál es la presunta norma "favorable" a los intereses de su prohijado para efecto de acceder al mecanismo sustitutivo y el segundo aspecto, es que cada uno de los hechos por los cuales fue procesado, siendo el primero de ellos ejecutado el 8 de diciembre de 2014, a la fecha no existe tránsito de legislación, pertinente, para la

aplicación de este principio. Ninguna sustentación hizo al respecto. Por lo tanto, tampoco prospera la solicitud de la togada.

En consecuencia, se confirmará la sentencia en el punto materia de disenso.

Sin más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA, VALLE, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

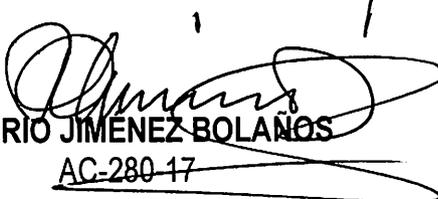
RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guacarí, en lo que fue objeto de apelación, como fue negarle a NÉSTOR EDUARDO ARANA MONTENEGRO, condenado por el delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR en concurso homogéneo y sucesivo la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, por las razones expuestas en esta providencia.

Esta sentencia se notifica en estrados y contra ella cabe el recurso de Casación el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término de común de treinta (30) días presentarse la demanda. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 181 y siguientes de la ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,


MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO
AC-280-17


ALIRIO JIMÉNEZ BOLAÑOS
AC-280-17


JAIMÉ HUMBERTO MORENO ACERO
AC-280-17