



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE LA GUAJIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

**PROCESO PENAL CON RADICADO 44001600108020200101302, SEGUIDO
CONTRA EDUARDO ANDRÉS ZARATE LOPEZ, POR LA CONDUCTA PUNIBLE DE
FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO Y
LESIONES PERSONALES.**

Magistrado Ponente: JAIME ANTONIO MOVIL MELO

**Proyecto Discutido y Aprobado Mediante Acta SPOA N° 175 del doce
(12) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).**

Sentencia Penal No. 016

**Riohacha, La Guajira, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés
(2023)**

I.- ASUNTO POR TRATAR.

La Sala decide la apelación interpuesta por la Defensa del enjuiciado EDUARDO ANDRES ZARATE LOPEZ, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha - La Guajira, el 28 de febrero de 2022.

II.- HECHOS

Del escrito de acusación se extrae que, los hechos ocurrieron el día 21 de noviembre del 2020, siendo las 05:30 momentos en que miembros de la Policía Nacional se encontraban realizando labores de patrullaje, en la que recibieron una llamada del PDA del cuadrante, informándoles que, en la calle 18 No. 12, barrio San Francisco de la ciudad de Riohacha, tenían aprehendido a una persona de sexo masculino identificado como EDUARDO ANDRES ZARATE LOPEZ, con la Cedula de Ciudadanía No. 1.006.574.530,

una vez llegaron al lugar de los hechos, la comunidad lo estaba agrediendo, por lo que se salvaguardó su integridad. A su vez, manifestaron que, este le había propinado un disparo con arma de fuego a una persona de nacionalidad venezolana identificado como **JOSÉ GREGORIO CARRASCO DUDAMEL**, siendo entregada por la comunidad el arma de fuego tipo PISTOLA, calibre 38. AUTO, marca LORCIN, sin documentación para el porte de la misma.

Por lo cual, se procede a materializar los derechos como capturados en situación de flagrancia por el delito de **FABRICACION, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES**. Siendo trasladado el aprehendido inicialmente al hospital de esta ciudad, y dejado al a disposición del fiscal en turno con los elementos materiales probatorios y evidencia física propias del caso, informando al defensor en turno

El fiscal de la causa refiere que, también se les informó a las autoridades que, el capturado se trasladaba en compañía de otra persona en una motocicleta color negro de placas DWX41F que se dio a la huida, por lo que procedieron a realizar plan candado, encontrándose la motocicleta abandonada en la Calle 14 I con Carrera 22, barrio Cooperativo de esta ciudad.

III.- ANTECEDENTES PROCESALES

El 22 de noviembre de 2020, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Función De Control De Garantías Ambulante De

Riohacha- La Guajira, fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento al señor EDUARDO ANDRES ZARATE LÓPEZ, por el punible de **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES**, consagrado en el artículo 365 del Código Penal, en la modalidad portar partes esenciales y municiones, además de **LESIONES PERSONALES**, consagrado en el artículo 111 y 112 del Código Penal, en la modalidad de causar daño en el cuerpo o en la salud, cargos frente a los cuales el imputado no se allanó; imponiéndosele medida de aseguramiento con detención preventiva en centro carcelario.

En la misma diligencia se legalizó la incautación del automotor, CLASE MOTOCICLETA, MARCA TVS, COLOR NEGRO VERDE, MODELO 2020, MOTOR CF5AL10L2067, CHASIS MD625MF56L1AL6905, PLAAS DWX 41F, SERVICIO PARTICULAR.

El 26 de enero de 2021, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira), recibió el proceso penal de marras, remitido por el Centro de Servicios Judiciales de Riohacha; por lo que mediante auto programó la Audiencia De Formulación De Acusación para el día 13 de abril de 2021.

Ante el Juzgado Primero Penal Municipal Con Función De Control De Garantías Ambulante De Riohacha- La Guajira, fue celebrada audiencia de sustitución de medida de aseguramiento el día 3 de diciembre de 2020, solicitada por el

defensor del imputado doctor, LAIVING DAMIAN MEJIA ARIAS, donde el juez de control de garantías concluyo que, se cumplieron con los parámetros legales establecidos en las normas, para sustituir la medida al imputado de privativa de la libertad en centro carcelario por una privativa de la libertad en su lugar de residencia. Decisión que no fue objetada por las partes.

El 13 de abril de 2021, se instaló por la juez de conocimiento, audiencia de formulación de acusación, sin que fuera instalada, toda vez, que el defensor del imputado solicitó aplazamiento de la misma, fijándose como nueva fecha el día 8 de julio de 2021, a las 9:30 A.M, sin que tampoco pudiera ser instalada, como quiera el doctor LAIVING DAMIÁN MEJÍA, quien funge como abogado defensor del señor EDUARDO ANDRÉS ZARATE LÓPEZ, solicitó nuevamente aplazamiento de la diligencia, siendo reprogramada para el día 22 de septiembre de 2021 a las 9:30 A.M.

Finalmente, el día 22 de septiembre de 2021, no se instaló audiencia de formulación de acusación y, en su lugar se instaló audiencia de verificación de preacuerdo, procediendo el ente fiscal a dar lectura del escrito de preacuerdo, se verifica que todas las partes estuvieran enteradas del mismo y se avaló su contenido. Acto seguido, el juez de primer grado, después de verificar que el acusado tenía conocimiento acerca del objeto y las consecuencias del preacuerdo, impartió aprobación al preacuerdo suscrito por la FISCALÍA 007

SECCIONAL, y el señor EDUARDO ANDRÉS ZARATE, asesorado por su defensor. La juez fijó como fecha para la audiencia de lectura de sentencia el día 4 de noviembre de 2021, a las 4:30: P.M.

Después de reiterados aplazamientos, el día 28 de febrero de 2022, se instaló audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia, donde se condenó por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, a título de autor al señor EDUARDO ANDRÉS ZARATE LOPEZ, a la pena principal de 54 meses de prisión, la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un periodo de 6 meses, sin la concesión de los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión carcelaria.

La defensa al encontrarse inconforme interpuso recurso de apelacion contra la decisión dictada por la juez de primera instancia. Recurso que es objeto de estudio por esta Sala.

IV.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con relación a la materialidad de la conducta punible correspondientes, la falladora indicó que, de los medios de conocimiento con los que contaba la Fiscalía desde los actos

urgentes, se desprende que el procesado EDUARDO ANDRES ZARATE LÓPEZ, fue capturado en flagrancia, al encontrársele en su poder el arma de fuego de marras, por parte de los policiales que estuvieron al frente de su aprehensión, adecuándose su comportamiento a los endilgados por el ente instructor.

Frente a la responsabilidad penal del encausado, dejó sentado la juez de primer grado, entre otros aspectos que, el procesado era una persona mayor de edad, con capacidad de entender y de determinar su conducta, de modo que se estima penalmente imputable. Agregó que, por la aceptación de cargos que hiciera el encausado y la relación de los medios de prueba y evidencia física realizada por el ente persecutor ante el despacho de conocimiento, concluye que dicho ciudadano cometió la conducta endilgada de manera consciente, voluntaria e intencional, por lo que su culpabilidad es imputada a título de autor; de ahí que a través de esa providencia, la sociedad reprocha su conducta contra los bienes jurídicos de la seguridad pública, la salud y la integridad personal; de tal suerte que es declarado penalmente responsable del injusto DE FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS O MUNICIONES, contemplado en los artículos 365 del Código Penal y LESIONES PERSONALES, contemplado en los artículos 111 y 112 inciso 1º del Código Penal, la Juez de Primer Grado concluyó que, por las normas infringidas y la pena impuesta, no hay lugar a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la

pena (art. 63 CP.) y tampoco la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria por el factor objetivo que contempla el artículo 38B inciso 1.

Refiere la juez que, en relación a la solicitud de aplicación del mecanismo sustitutivo de la pena intramural por la domiciliaria indico que, el código penal en su artículo 38B, establece que, para conceder la prisión domiciliaria se requiere que; la sentencia que se imponga por una conducta cuya pena mínima prevista por la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos; frente a ello preciso que, tal requisito tampoco se cumple porque la pena a imponer es de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, únicamente para efectos punitivos, mientras que la pena fijada por el legislador para el delito base por el cual es condenado, se encuentra fijada en nueve (9) años de prisión, es decir, supera los ocho (8) años de prisión que indica la norma, razón por la cual, negó el subrogado.

Trajo a colación que, la Corte Suprema de Justicia lo ha dejado claro en sentencia de fecha 16 de febrero de 2022, M.P. JOSE FRANCISCO ACUNA VIZCAYA, donde señalo de manera clara y expresa en uno de sus apartes:

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

En torno a la dosimetría punitiva, estableció la A-Quo que, la Fiscalía en virtud del preacuerdo celebrado con el procesado, que consistió en la imposición de la sanción para el cómplice, taso la pena en 54 meses de prisión por el delito de mayor naturaleza y 3 meses de prisión por el punible de Lesiones Personales. Quedando la pena definitiva en 57 meses de prisión.

Además, la falladora de primer grado dispuso el comiso del arma y municiones y ordeno remitirlas al Departamento De Control Comercio De Armas De Las Fuerzas Armadas.

Bajo el contexto anotado, la juez resolvió condenar al señor EDUARDO ANDRES ZARATE LÓPEZ, a la pena principal de 54 meses de prisión; a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un periodo de 6 meses, como autor del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, de que trata la ley 599 de 2000, en su libro segundo, Título XII, capítulo II, art. 365.

V.- RAZONES DE IMPUGNACIÓN

Refiere el impugnante que, la prisión domiciliaria y la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria son institutos perfectamente diferenciables con regulaciones normativas diversas.

Anota que, el instituto de la sustitución de la pena que se refiere el artículo 461 del Código De Procedimiento Penal, que remite al artículo 314 ibidem, se deben examinar todas las hipótesis contempladas en el artículo 314 referidas a la edad del condenado, enfermedad grave, embarazo o alumbramiento y la condición de madre o padre cabeza de familia.

Plantea que, el problema jurídico se enmarca dentro del artículo 38B numeral 1° del Código Penal Colombiano, establece un requisito objetivo para el otorgamiento de la prisión domiciliaria y refiere que, involucra la figura de los preacuerdos y negociaciones con la fiscalía.

Añade que, la jurisprudencia sobre el tema ha variado en los últimos años. Por lo anterior plantea como interrogante ¿Cuál es la pena para acceder a la prisión domiciliaria, la establecida en el código penal, o la establecida en la parte resolutive de la sentencia? Refiere que, no comparte las consideraciones de la falladora de primer grado.

Precisa que, el Sistema Penal Acusatorio potencia el principio de la oralidad y afirma que, dentro de ese esquema se introdujo la figura de la aceptación de cargos y los preacuerdos señalando que, la ventaja más importante de ese esquema es la terminación anticipada del proceso.

Esboza que, la economía procesal y la evidente celeridad en la definición de los casos penales debe tener un efecto positivo en el marco de la justicia penal en Colombia, sobre el problema jurídico considero que el primer requisito que, señala el artículo 38B del código Penal no se refiere a la sanción legal en abstracto, sino a la efectivamente impuesta en cada asunto, como quiera que la responsabilidad penal es individual y por tanto la imposición de la sanción penal y su posterior ejecución deben responder a los criterios de esa individualización en cuanto a beneficios y subrogados se refiere.

Describe que, el principio de proporcionalidad de las sanciones penales señala que debe ponderarse en cada caso cuál es la conducta que determina la imposición final de la pena, pues aunque el delito se encuentre sancionado con una pena mínima mayor debe tenerse en cuenta necesariamente la que establece el preacuerdo en su parte resolutive. Para valorar la conducta en su contexto y para definir beneficios y subrogados penales, dicha postura quedó sentada dentro del radicado, CSJ Sala Penal, Sentencia SP-31032016 (45181), Mar. 9/16).

Pone de presente que, con la presentación del recurso se pretende que, se examine la decisión en lo que tiene que ver con el sitio de reclusión de la pena. Se valoren los reparos concretos formulados y se decida lo que en derecho corresponda.

Afirma que, sobre la personalidad del señor Zarate López, no es una amenaza para la sociedad, no pretende burlar la administración de justicia fugándose o incumpliendo los compromisos adquiridos. Aduce que, esta persona sostiene buenas relaciones con la comunidad, en efecto, al margen de la cuestión jurídica que, como se prueba avala la concesión del mecanismo sustitutivo.

Señala que, su defendido cumple con los requerimientos subjetivos que permitirán al despacho concluir, fundadamente que merece ser beneficiado con la prisión domiciliaria, máxime cuando el cotejo entre los presupuestos facticos y legales así lo justifican.

Bajo los anteriores argumentos solicita a esta Corporación que, revoque la decisión dictada el 28 de febrero de 2021, por el Juzgado Primero Penal Del Circuito De Riohacha, La Guajira y se conceda la prisión domiciliaria solicitada por la defensa.

Aunado a lo anterior estima que, el señor EDUARDO ANDRES ZARATE LÓPEZ, reúne los requisitos para el otorgamiento de la Prisión Domiciliaria y reitera que, se otorgue dicho Sustituto, conforme se pidió en la negada petición.

VI.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER.

La Sala estima que en el presente asunto se resolverán los siguientes problemas jurídicos:

PRIMERO: *¿Es procedente otorgar al señor EDUARDO ANDRES ZARATE LÓPEZ, el sustituto de prisión domiciliaria, que trata el artículo 38B del Código Penal, al ser condenado anticipadamente como Autor de la conducta punible de **FABRICACIÓN TRAFICO, PORTE DE ARMAS, MUNICIONES y LESIONES PERSONALES**, consagrada en los artículos 365, 111 y 112 del Código Penal a la pena principal de 54 meses de prisión?*

SEGUNDO: *¿Cuáles son las reglas jurisprudenciales aplicables al preacuerdo de responsabilidad presentado por la Fiscalía y la Defensa a la Juez de Conocimiento y verificado el 22 de septiembre de 2021?*

VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

COMPETENCIA.

Esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Riohacha, La Guajira, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 numeral 1º, y 176 de la Ley 906 de 2004, es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto contra la sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha-La Guajira, por lo que sólo se referirá exclusivamente a los puntos materia de apelacion y de aquellos que inescindiblemente se relacionen al tema objeto de la misma.

Esta colegiatura para desarrollar la temática planteada por el defensor, aplicara la normatividad vigente, la jurisprudencia atinente y estudio del caso en concreto.

La sala resolverá los planteamientos efectuados por la defensa, con respecto a la concesión de la prisión domiciliaria, para luego pronunciarse de fondo sobre la sentencia venida en apelación.

Como primera medida debe indicar la Sala que la presente actuación se refiere a hechos acaecidos el 21 de noviembre de 2020, catalogados por la Fiscalía General de la Nación en las conductas punibles de **FABRICACIÓN, TRAFICO, PORTE DE ARMAS, MUNICIONES y LESIONES PERSONALES** consagrada en los artículos 365, 111 y 112 del Código Penal, los cuales han sido objeto de terminación anticipada del proceso penal.

Se advierte por la Sala que el acuerdo suscrito por el procesado, Fiscalía y defensa de EDUARDO ANDRES ZARATE LÓPEZ, fue del siguiente tenor; (i) ZARATE LÓPEZ, aceptó su responsabilidad en la comisión de las conductas punibles de Fabricación, Trafico, Porte De Armas, Municiones Y Lesiones Personales, consagrada en los artículos 365, 111 y 112 del Código Penal, que consagra como penas de 9 a 12 años de prisión, y Lesiones Personales de 16 meses a 36 meses, aceptación que se efectuó en calidad de **autor**; (ii) como

contraprestación única por la aceptación de responsabilidad y renuncia al juicio, acordaron la rebaja de pena degradando su participación de autor a **cómplice, solo para fines punitivos y no para la tipicidad**, esto es, una rebaja considerable tal como lo consagra el artículo 30 del Código Penal, fijándose como pena a imponer 57 meses de prisión. Advirtiéndose que no se efectuó acuerdo respecto de la concesión de subrogados, sustitutos o beneficios adicionales para el procesado.

De lo anterior, se evidencia que existió una terminación anticipada del proceso penal a través del preacuerdo suscrito entre las partes, bajo la modalidad de cambio o variación de la calificación jurídica, la cual es procedente cuando el ente Fiscal ha comunicado los cargos concretos una vez efectuado su "juicio de imputación" o "juicio de acusación" y el imputado decide aceptarlos renunciando al juicio y pactando como contraprestación o beneficio único la readecuación del caso para acceder a una pena menor o la desestimación de una causal de agravación, o se pacta el reconocimiento de una circunstancia de atenuación o disminuyente punitiva, o bien se modifican los cargos de autoría material o de determinación, para postular la calificación a mera complicidad.

De ahí que los controles judiciales que deben efectuarse a esta específica modalidad de preacuerdo, en los que por virtud del pacto se presentan cambios en la calificación

jurídica inicial de la Fiscalía, resultan aplicables como precedentes las sentencias SU-479 de 2019 emanada de la Corte Constitucional, como las de Casación Penal en los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020; providencias que centran su atención en distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte, o si, al no tenerla, simplemente la referencia a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tiene como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último por no tener relación alguna con el asunto.

Esta labor resulta fundamental para establecer las cargas que deben asumir Fiscalía y Defensa en la presentación del preacuerdo pero, también fija las pautas o límites de competencia del Juez de Conocimiento en los controles aplicables a cada modalidad de pacto.

Existe total claridad en cuanto que, antes del advenimiento de este cuerpo de precedentes constitucional y del órgano de cierre de la Justicia Penal Ordinaria, se había venido decantando por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias punitivas derivadas de los preacuerdos, en los que operaba variación de la calificación jurídica, se debían aplicar dentro de los límites del delito pactado, como que a partir de él debía estudiarse la viabilidad de los subrogados,

sustitutos y beneficios judiciales para los sujetos pasivos de la acción penal. Pero, a partir de los nuevos precedentes resulta necesario distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte o si, al no tenerla, simplemente la referencia a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tienen como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último debido a que no tiene relación alguna con el asunto.

Es por ello que la Sala debe dejar sentado que existen reglas trazadas por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹, en la que ha dejado decantado las consecuencias jurídicas al pactarse o preacordar en torno a la variación de la calificación jurídica, en cada caso. Al respecto se ha indicado:

En el primer evento, que es cuando el pacto contiene modificación de la calificación jurídica, porque existe base factual que la soporta, lo cual contiene en sí mismo una beneficiosa reducción punitiva para el imputado o acusado, resulta imperioso que se acompañe no sólo un mínimo evidencia de la probable existencia ontológica de la nueva figura, como que -en los casos precisos en los que

¹Corte Suprema de Justicia providencia del 24 de junio de 2020. Radicado 52.227. MP.

las normas penales lo requieran- se establezca el vínculo de la misma con el delito cometido.

Así lo dejó sentado la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), al revisar eventos en los cuales se pre acordaba el reconocimiento de la figura de la marginalidad, pobreza e ignorancia extremas que trata el artículo 56 del Código Penal “(...) *En estos eventos la pena se dosifica legalmente de acuerdo con la nueva calificación jurídica ofrecida al asunto. Si las partes pactan la pena, el Juez de Conocimiento solamente está habilitado para verificar que esta se encuentre dentro del marco de determinación legal (calidad preestablecida y cantidad entre mínimos y máximos legales); así mismo, los subrogados y sustitutos se estudiarán a partir de la calificación jurídica final o fruto del preacuerdo*”.

En el segundo evento, cuando se pacta la modificación de la calificación jurídica sin que exista una base factual que la soporte y el preacuerdo está orientado única y exclusivamente a la disminución de la pena, esto es que se introduce una calificación jurídica que no corresponde directa o indirectamente con los hechos, como por ejemplo cuando se reconoce la rebaja de la tentativa (artículo 27 del Código Penal) para un delito que los fácticos lo acreditan indefectiblemente consumado; o cuando se reconoce un estado de ira e intenso dolor (artículo 57 Ídem) que no se divisa medianamente configurado, o se pacta la circunstancia de marginalidad (artículo 56 Ídem) sin que se otee existente, **o cuando en virtud del pacto se cataloga como cómplice a quien**

definitivamente tiene la calidad de autor, situación en la que no es obligación de que las partes alleguen elementos que respalden tal variación, por cuanto la verificación que se efectúa es la rebaja punitiva a aplicar en el asunto por cuanto *“el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados (...) Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución”*.

De lo anterior, se concluye que la viabilidad legal de esta modalidad de preacuerdos solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas, y se recomienda que el acuerdo sea suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados.

Al respecto se dejó sentado en decisión del 19 de agosto de 2020 bajo radicado 54.039 emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia que: *“En este último evento resulta claro que: (i) las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta, siguiendo con el mismo ejemplo, de que el procesado es cómplice y no*

autor, ya que la alusión a la norma penal más favorable – para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los términos del convenio-, constituye, precisamente, el beneficio por someterse a la condena anticipada; (ii) todo bajo el entendido de que **la condena se emitirá por la calificación jurídica que corresponda** –autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente; (iii) el juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, bien por su pluralidad = prohibido expresamente por el legislador-, o porque el otorgado, por excesivo, resulte contrario a la necesidad de aprestigiar a la justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito; y (iv) igualmente, es su deber salvaguardar los derechos del procesado y de la víctima, sobre todo cuando esta es especialmente vulnerable (ídem)".

Una vez efectuadas las anteriores aclaraciones, entrará la Sala a resolver la apelación propuesta por el recurrente respecto a la negativa de concesión de la prisión domiciliaria a favor de EDUARDO ANDRES ZARATE LÓPEZ, al no cumplirse con lo reglado en el artículo 38B del Código Penal.

Ha quedado claro que el acuerdo celebrado en este asunto ha sido con finalidad de la terminación anticipada del proceso y como contraprestación se efectuó una única

rebaja punitiva por complicidad, advirtiéndose que la misma recaía bajo un preacuerdo sin base fáctica o factual por cuanto dicho beneficio compensatorio en la admisión de responsabilidad era para efectos punitivos.

Recuérdese que el preacuerdo que ha dado base y fundamento a la sentencia anticipada que se revisa, fue debidamente estructurado y formalizado por la Fiscalía y la Defensa ante la judicatura el día 22 de septiembre de 2021, momento para el cual la Corte Constitucional había expedido la sentencia de unificación de jurisprudencia para el entendimiento de los preacuerdos número SU-479 de 2019 y la Sala Penal del Corte Suprema de Justicia había proferido las decisiones en los radicados 52.227 del 24 de junio de 2020 y el radicado 54.039 del 19 de agosto de 2020, contentivas de las líneas o reglas conceptuales orientadas a que –para una correcta interpretación de los preacuerdos que consagran la variación de la calificación jurídica inicial, con orientación a derivar consecuencias jurídicas- se debía distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte o si, al no tenerla, simplemente las referencias a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tienen como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último debido a que no tiene relación alguna con el asunto.

Situaciones que resultan fundamentales para establecer las cargas que deben asumir Fiscalía y Defensa en la presentación del preacuerdo, los límites de competencia del Juez de Conocimiento en los controles al mismo, para delimitar las mismas consecuencias punitivas.

Bajo esta perspectiva, debían las partes ajustar sus actividades de negociación a las reglas jurisprudenciales anteriores, lo mismo que el fallador de conocimiento debía aplicar cualquier tipo de consecuencia jurídica que pudiera derivarse de ellas.

Adentrándonos al caso bajo estudio, se tiene que el disenso con la sentencia de primer grado versa sobre la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria a favor de EDUARDO ANDRES ZARATE LÓPEZ, por cuanto le fue negada por la Juez de primer grado atendiendo que los delitos por los cuales aceptó responsabilidad y se condenó es por las conductas punibles de **FABRICACIÓN TRAFICO, PORTE DE ARMAS, MUNICIONES y LESIONES PERSONALES** consagrada en el artículo 365, 111 y 112 del Código Penal, el cual comporta pena de prisión de 9 a 12 años, y de 16 a 36 meses de prisión respectivamente, quantum punitivo que supera el límite de los 8 años de prisión establecido en el artículo 38B del Código Penal que regula la procedencia del sustituto.

Lo que en criterio del apelante no debe ser aplicado atendiendo que la pena mínima impuesta a su defendido es de 54 meses de prisión, monto este inferior a los 8 años consagrados el artículo 38B de Código Penal.

Adviértase que del registro del audio contentivo de la audiencia de verificación de preacuerdo la Juez de conocimiento le informó al procesado los beneficios y consecuencias jurídicas del preacuerdo, dejándole sentado que la condena se emitiría como autor de la conducta punible con la rebaja del cómplice como contraprestación del acuerdo. Ahora bien sobre la concesión de la prisión domiciliaria no pudo ser enterado, toda vez, que el señor defensor solicitó suspender la audiencia de individualización de pena, con el fin de reunir EMP para la solicitud de los subrogados penales, y renunciado el imputado a su derecho a asistir a la audiencia de individualización de pena y sentencia. No obstante, manifestó que conocía las consecuencias jurídicas que implicaba realizar el preacuerdo, manifestando su deseo de preacordar de manera voluntaria.

Ante lo anterior, debe manifestar la Sala que la tesis planteada por la defensa no tiene vocación de prosperidad por cuanto, de las reglas jurisprudenciales transcritas en esta decisión las cuales trazan las exigencias, controles y consecuencias del preacuerdo han sido las

pautadas por la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-479 de 2019, aunada a las decisiones proferidas en radicados 52227 y 54039 de 2020, de las cuales emerge con absoluta claridad que en el estudio de los preacuerdos que contienen modificación de la calificación jurídica, resulta exigible la distinción de si aquella variación tiene o no base factual de fundamento, para poder derivar las consecuencias. Dicho de otra manera, estos precedentes son anteriores al momento procesal en que el Juez efectuó el control al preacuerdo y no puede obviarse su aplicación al asunto que nos concita.

Véase que el acuerdo celebrado entre las partes es de aquellos que se efectuó sin base factual de soporte atendiendo que la calificación que se ha pactado es la de complicidad y como consecuencia de ella se reconoce la rebaja punitiva de 54 meses de prisión, pero adviértase que la condena se impone bajo la calidad de autor, es por ello que lo acordado no corresponde directa o indirectamente con la realidad fáctica traída al proceso y es por ello que “la condena se emitirá por la calificación jurídica que corresponda ... así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente ...”, entonces resulta imperioso al abordar el estudio de los requisitos objetivos de pena para la procedencia de la prisión domiciliaria, revisar el quantum punitivo establecido por el legislador para la conducta penal que fue realmente cometida y admitida por el acusado, y no la que fue objeto o es

consecuencia del preacuerdo, porque esta última resulta ser una “ficción jurídica” que no puede servir de eje u orientación para dicha tarea.

En este caso, como la conducta punible que cometió y se le imputó a EDUARDO ANDRES, es la consagrada en el artículo 365 del Código Penal, que prevé pena mínima de 9 años de prisión, el cual se le atribuyó a título de autor, cuya condición jurídica aceptó sin vacilación ante el Juez de Conocimiento en desarrollo de la audiencia del 22 de septiembre de 2021, resulta claro que no es viable la concesión de la prisión domiciliaria deprecada insistentemente en su favor, toda vez que no se cumple con el presupuesto objetivo previsto en el artículo 38B para concederlo atendiendo que la norma es clara en fijar para su otorgamiento *“Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”*. Lo anterior deviene inexorablemente en la confirmación del fallo venido en alzada.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Riohacha, en Sala de Decisión Penal, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

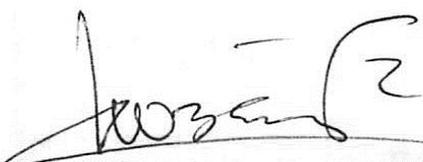
RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR en todas sus partes el fallo proferido en audiencia pública del 28 de febrero de 2022, por Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha – La Guajira, con funciones de conocimiento, de acuerdo a lo consignado en precedencia.

SEGUNDO.- La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de Casación, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


JAIME ANTONIO MOVIL MELO
Magistrado Ponente


LUBÍN FERNANDO NIEVES MENESES
Magistrado