



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado ponente

SP18912-2017

Radicación N° 46930.

Aprobado acta No. 377.

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

V I S T O S

Procede la Sala a resolver el recurso de casación presentado por el defensor del acusado **Óscar Eduardo Sanz Galeano** contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, mediante el cual confirmó la sentencia emitida por el Juzgado 11 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, que lo condenó como cómplice de la comisión del

delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

H E C H O S

Fueron referenciados en el fallo de segundo grado de la siguiente manera:

El 3 de noviembre de 2013, siendo aproximadamente las 11 de la noche, en la calle 44 con carrera 27 de esta ciudad, sitio en el que por razón de un registro personal practicado por parte de patrulleros de la Policía que prestaban vigilancia a esa hora, se encontró en poder del señor Óscar Eduardo Sáenz (sic) Galeano un arma de fuego tipo revólver, marca SpanishFork. UT, que llevaba consigo sin el respectivo permiso para porte.

ACTUACIÓN PROCESAL

Previa solicitud del Fiscal 101 Seccional URI Cali, el 4 de noviembre de 2013 se realizaron ante el Juzgado 18 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esa misma ciudad, las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de **Óscar Eduardo Sanz Galeano**.

En tales diligencias el juzgado resolvió declarar legal la aprehensión; la fiscalía le imputó, en calidad de autor, la comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; cargo que no fue aceptado por el inculcado; y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de residencia.

El 22 de noviembre de 2013, el ente persecutor presentó escrito de acusación. El asunto le correspondió, por reparto, al Juzgado 11 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali. Antes de llevarse a cabo audiencia preparatoria, la fiscalía presentó preacuerdo celebrado con el procesado, que consistió en que a cambio de aceptar su culpabilidad por el delito imputado, se le degradaba la forma de participación de autor a cómplice, y se le impondría la pena mínima para ese ilícito, esto es, 4 años y 6 meses de prisión.

El 19 de marzo de 2015, se celebró audiencia de verificación de preacuerdo, en la cual se le impartió aprobación al mismo. Ese día se agotó el trámite previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, durante el cual la fiscalía señaló que si bien el procesado no registraba antecedentes penales y contaba con arraigo en la ciudad, al parecer, incumplió la obligación de permanecer en su residencia durante la vigencia de la medida de aseguramiento que le fue impuesta, pues sin contar con

permiso legal para trabajar, prestaba sus servicios a la compañía Satrack INC de Colombia ininterrumpidamente en sus instalaciones, desde el 1º de agosto de 2011, de lunes a viernes en horario comprendido entre 8:00 a.m. y 5:00 p.m., y sábados de 8:00 a.m. a 12:00 p.m., en virtud de un contrato laboral a término indefinido, tal como lo certificó la entidad.

Luego de terminada la intervención de la fiscalía y escuchada la del defensor, el acusado se refirió a dicha situación y manifestó que, efectivamente, se encontraba vinculado a la mencionada compañía, debido a la necesidad de proveer el sustento de su familia.

Seguidamente, la judicatura dictó fallo a través del cual condenó a **Óscar Eduardo Sanz Galeano**, a la pena principal de 54 meses de prisión, como cómplice del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, previsto en el artículo 365 del C. Penal, en los términos señalados en el preacuerdo.

Igualmente, le impuso las penas accesorias tanto de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, ambas por «*el mismo término*» de la sanción privativa de la libertad y dispuso del elemento incautado.

Adicionalmente, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por no concurrir el factor objetivo; la prisión domiciliaria, con el argumento de que no respetó el compromiso de permanecer en su vivienda, cuando estuvo bajo detención preventiva residencial, pues se ausentó de este sitio para ir a trabajar sin contar con permiso para ello.

El fallo fue apelado por el defensor, en concreto frente a la negación del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria y, el 25 de mayo de 2015, el Tribunal Superior de Cali lo confirmó en su integridad, básicamente, con fundamento en que se debía tener en cuenta la pena prevista para el delito en la ley frente a la figura del «*autor*», así la condena hubiese sido por la que corresponde al «*cómplice*», lo que se sustentó en lo señalado por esta Sala el 26 de noviembre de 2014, dentro del radicado No. 44906.

Contra esa providencia la defensa interpuso recurso extraordinario de casación, demanda que fue presentada posteriormente.

Admitido el libelo, la audiencia de sustentación se llevó a cabo el 13 de octubre de 2017.

LA DEMANDA

Un solo cargo formula el actor contra el fallo de segundo grado, al amparo de la causal primera del art. 181 del C. de P. Penal, alegando la violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 38 del C. Penal que consagra la figura de la prisión domiciliaria; y el 365 que tipifica el delito por el cual fue condenado **Sanz Galeano**.

En la fundamentación del cargo, precisa el demandante que el Tribunal erró al negarle a su representado la prisión residencial considerando incumplido el requisito objetivo del citado artículo 38, modificado por la ley 1709 de 2014, referente a que el ilícito tenga prevista pena mínima en la ley de 8 años o menos, pues no tuvo en cuenta que el extremo punitivo de 9 años del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, disminuye por la calidad de cómplice que se le atribuyó al procesado. Tal yerro, estima, constituye una interpretación errónea de la ley que provoca agravios al sentenciado, siendo que en su caso se cumple la totalidad de las exigencias legales para acceder a la reclusión domiciliaria.

Citando jurisprudencia de la Sala, señala que para *«efectos de establecer el monto al cual asciende el requisito objetivo, se deben considerar las circunstancias que inciden en la*

modificación de los extremos punitivos como lo es en este particular evento la complicidad; por ello, si se toma como referente (i) que el delito de Fabricación, Trafico, Porte o Tenencia de Armas de fuego, Accesorios, Partes o municiones, se encuentra sancionado con pena de 9 a 12 años de prisión (ii) que quien actua en calidad de cómplice incurre en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad; (iii) que cuando la pena se disminuye a dos proporciones, la menor se aplica al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica y que hecha la correspondiente operación se tiene que la sanción para el cómplice del aludido comportamiento oscila entre 4 años 6 meses y 10 años, es claro que el señor... se allá al (sic) requisito objetivo exigido por el canon 38B del Código Penal, pues resulta inferior a los ocho años allí contemplados».

Adicionalmente, precisa que las otras dos exigencias previstas en la mencionada disposición también se colman, toda vez que aunado a que dicho ilícito no se encuentra incluido en el inciso 2° del artículo 68A del C. Penal, el arraigo familiar y social del procesado se halla debidamente acreditado con el formato de rigor, en el que se establece que se trata de una persona que labora en oficios varios, reside con su madre y es padre de dos menores de edad.

Por tanto, solicita se case la sentencia impugnada y se conceda al procesado el mecanismo sustitutivo reclamado.

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA

1. Defensor del procesado Óscar Eduardo Sanz Galeano:

Se reafirma en lo expuesto en la demanda de casación y agrega que para la decisión que haya de adaptarse se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Sala al respecto.

2. Fiscalía General de la Nación:

El Fiscal 3º Delegado ante esta Corporación, expresa su total acuerdo con lo reclamado en la demanda.

Estima que, efectivamente, el Tribunal erró al negar el sustituto punitivo bajo el criterio de que la mutación que se hace en el preacuerdo en torno a la participación en el delito, no proyecta sus efectos a los extremos punitivos del delito por el cual se procede.

Para el Fiscal delegado ante la Corte, las consecuencias de la degradación en la intervención de la conducta punible de autor a cómplice, no solo deben irradiar la imposición de la pena, sino que también han de posibilitar la concesión de beneficios como la prisión domiciliaria.

Y estima que el error denunciado es trascendente, porque de no haberse cometido, el sustituto residencial hubiese sido otorgado, toda vez que en su fallo el *ad-quem* dejó entrever que estimaba como insuficientes las razones ofrecidas por el juez de primer grado para negar el mismo.

Por ende, solicita casar la sentencia y, en consecuencia, conceder la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria a **Óscar Eduardo Sanz Galeano**.

3. Ministerio Público:

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, una vez señala que está de acuerdo con lo planteado en la demanda, agrega que para efectos de establecer si procede la prisión domiciliaria en este caso, se debe tener en cuenta la forma de participación que surgió en razón del preacuerdo, pues por ella es que a la postre se condenó al procesado.

En tal sentido, pide casar el fallo recurrido y verificar los restantes requisitos exigidos por la ley para el acceso a dicho sustituto punitivo.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Antes de emprender el estudio de fondo del recurso de casación formulado por el defensor del procesado **Óscar Eduardo Sanz Galeano**, resulta oportuno indicar que le asiste interés para impugnar la sentencia, teniendo en cuenta que la única objeción que le hace al fallo dictado como resultado del preacuerdo celebrado con la fiscalía, radica en la negativa a concederle la prisión domiciliaria, instituto que es del caso mencionar, no fue convenido en la aceptación de culpabilidad consensuada (CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409).

Ahora bien, el Tribunal, para negar la concesión de dicho beneficio, sostuvo lacónicamente que como el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es de *“propia mano, vale decir... de mera conducta que, por lo mismo, desde el punto de vista dogmático, no admite el dispositivo amplificador de la complicidad”*, entonces no era posible que en este caso la Fiscalía reconociera esa forma de participación que típicamente es inadmisibile frente a ese tipo de delincuencia.

Así las cosas, concluyó que era necesario tener en cuenta la pena mínima prevista para el *autor* de dicho delito, es decir, 9 años de prisión, a efectos de determinar si procedía la prisión domiciliaria. Por tanto, afirmó que como el artículo 38B del C. Penal exige que la sanción mínima sea de

8 años de encarcelamiento o menos, entonces se imponía negar el sustituto en mención.

Esa argumentación ofrecida por el Tribunal ya ha tenido respuesta de la Sala en decisiones proferidas en casos análogos a este, que ahora merecen ser reiteradas, con el ánimo de evidenciar la equivocación del Ad-quem.

2. Los delitos de propia mano, de mera conducta y el poder vinculante de los preacuerdos

Para empezar ha de decirse que no fue correcta la conclusión del *ad-quem* conforme a la cual, el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es de «*propia mano, vale decir... de mera conducta*», por cuanto esta Corporación ya ha explicado que un tipo penal recoge una conducta de «propia mano», cuando solo el sujeto agente está en condiciones de ejecutarla personal y materialmente, sin que otra persona pueda realizarla en su lugar. A su vez, el concepto de tipo penal de «mera conducta», se refiere a aquéllos en los cuales el simple comportamiento del sujeto agente es sancionado al margen del resultado que eventualmente produzca.

Sobre el particular se pronunció la Sala en sentencia CSJ SP16907-2016, 23 nov. 2016, rad. 46684:

Como se puede apreciar, per se no es posible equiparar los delitos de propia mano con los de mera conducta, pues

mientras los primeros hacen alusión a una exigencia relativa al sujeto agente frente a la conducta, los últimos se refieren al contenido del comportamiento en razón de la potencialidad del daño que envuelve.

Ahora, al margen de esa puntual circunstancia, cabe precisar que no es cierto que el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones sea de propia mano, pues por los múltiples verbos que contiene, no es posible hacer esa afirmación.

Es más, si en gracia a discusión solamente se contemplara el verbo rector “portar” que prevé el delito en cita, que al parecer fue el que tuvo en cuenta el Tribunal para hacer la afirmación de que es de propia mano, entonces resulta suficiente con señalar, para desvirtuar esa postura, que dentro de las múltiples posibilidades que ofrece la casuística, bien puede ocurrir que alguien le preste ayuda a otro para que pueda concretar la conducta de llevar consigo ilícitamente bien un arma, munición o sus partes o accesorios esenciales para aquellas, de donde se sigue que no cabe duda que bajo ese escenario se activa la posibilidad para predicar la forma de participación de la complicidad en los términos del artículo 30 del Código Penal frente a la conducta punible descrita en el artículo 365 del Código penal.

En ese sentido, incurrió en error el juez colegiado al negar la prisión domiciliaria a **Sanz Galeano**, bajo el argumento que “dogmáticamente” no es posible predicar la forma de participación de la complicidad en relación con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

De otra parte, se concluye que el *ad-quem* también se equivocó al afirmar que para efectos de establecer si procedía

el referido sustituto, se debía tener en cuenta la tipicidad básica y no la preacordada.

Con tal discernimiento, el Tribunal desconoce el alcance y poder vinculante de los preacuerdos y, en particular, el celebrado entre el implicado **Óscar Eduardo Sanz Galeano** y la fiscalía, en donde aquél aceptó su culpabilidad a cambio de que se degradara su conducta de autor a cómplice en el delito contra la seguridad pública mencionado, tipificación que se ha debido tener en cuenta para analizar si procedía la prisión domiciliaria.

Al respecto, conviene recordar lo que la Corporación viene sosteniendo (CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 43356)¹:

Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no solo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

¹ Reiterada en CSJ SP, 31 jul. 2016, rad. 46101; CSJ SP16907-2016, 23 nov. 2016, rad. 46684.

De lo anterior deriva el primer desacierto del Tribunal, al escindir los efectos del preacuerdo bajo el entendido que S... R... aceptó su responsabilidad a título de autor frente al injusto contra la seguridad pública, sancionado con una pena mínima de nueve (9) años de prisión y que ello es distinto al pacto de degradar la forma de participación de autor a cómplice, como única compensación por la aceptación de cargos.

Bajo esa errada creencia, estableció que no se cumple con el presupuesto objetivo consagrado en el artículo 38B, adicionado por la Ley 1709 de 2014, lo que estimó suficiente para revocar la prisión domiciliaria.

En casos como el presente, esto es, cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, «examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice», según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736, cuando analizó un asunto de connotaciones semejantes.

Así las cosas, es claro que en este caso el *ad-quem* no podía dejar de tener en cuenta la tipificación surgida a raíz del preacuerdo, con miras a estudiar la procedencia de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria.

De otra parte, si bien el Tribunal, para sustentar la negación de la prisión domiciliaria, esgrimió la providencia de la Corte del 26 de noviembre de 2014, proferida dentro del radicado No. 44906, lo cierto es que descontextualizó su alcance con el fin de extraer de ella la conclusión según la cual, a pesar del preacuerdo, que en ese caso significó degradarle la forma de participación al procesado de autor a

cómplice, en todo caso, para efectos de estudiar la concesión del sustituto en mención, se le debía seguir teniendo en la calidad de autor.

El pasaje que la decisión recurrida tuvo en cuenta señala: *«[u]na vez delimitado el marco conceptual de los preacuerdos, especialmente en lo que hace a las concesiones que de manera legítima puede realizar la fiscalía; se observa que ninguna dificultad aparece reconocer al autor de una conducta punible, el descuento punitivo propio de la complicidad (art. 30, inc. 2° C.P.), es decir, de una sexta parte a la mitad de la sanción prevista para la respectiva infracción. Ello, de ninguna manera desconoce el principio de legalidad del hecho, por cuanto, la imputación —y la acusación inclusive— que viene formulada a... es clara en establecer —en lo fáctico y en lo jurídico— su condición de autor de los delitos de Prevaricato por acción (en concurso homogéneo) y Peculado por apropiación. Lo que ocurre es que, en contraprestación al reconocimiento de culpabilidad que aquél hiciera previo al inicio del juicio oral, la fiscalía le reconoció la pena dispuesta para el cómplice que, obviamente, es menor a la que le correspondería en su condición de autor.»*

Sin embargo, como ya se ha explicado y ahora se reitera, en la citada determinación no se afirmó que a pesar de que se degradaba la conducta de autor a cómplice al implicado, en todo caso se le debía condenar como autor, según lo entendieron equivocadamente los falladores de segunda instancia, sino que en la formulación de la imputación y en la acusación, se había señalado que el

procesado era autor y que era posible, en razón del preacuerdo celebrado, proferirle una sentencia en la calidad de cómplice, al tratarse de una de las posibilidades que contempla la ley (art. 350 de la Ley 906 de 2004).

La Sala de Casación Penal insiste, entonces, en que la degradación que se hace con ocasión de un preacuerdo en torno a la forma de participación en el delito, en concreto de autor a cómplice, proyecta sus efectos para acceder a la prisión domiciliaria, porque no existe duda que la tipificación de la conducta plasmada en un convenio válidamente celebrado, no solo vincula al juez al momento de dictar la sentencia, sino que al establecer la procedencia de la reclusión residencial en ese escenario, debe tener en cuenta la calificación fruto de aquella aceptación de culpabilidad consensuada.

3. Procedencia de la prisión domiciliaria

Por consiguiente, corresponde entrar a resolver si en el caso de la especie concurren los requisitos para conceder el sustituto de la prisión domiciliaria, prevista en el artículo 38 del Código Penal, el cual es reglamentado por el artículo 38B ibídem, adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014 que dice lo 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.*

3.1. En esa medida, se observa que el primer requisito establecido en la citada norma, hace alusión a que la condena proceda por una «conducta punible» que tenga una pena privativa de la libertad mínima señalada en la ley de 8 años de prisión o menos.

Acerca del alcance del concepto de «conducta punible» en dicho contexto, la Sala en un caso que recoge un supuesto de hecho semejante al de ahora, señaló lo siguiente (CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 45181):

En el pronunciamiento CSJ SP, 31 ago. 2005, rad. 21720... la Colegiatura hizo una síntesis de la jurisprudencia precedente y concluyó que, con relación a la exigencia objetiva aludida, «por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian»; entonces, el tiempo previsto por dicha norma corresponde al de la sanción mínima del delito, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad.

En relación con las circunstancias y modalidades conductuales concurrentes, que alteran los extremos punitivos de la conducta, y que deben por tanto ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta, han sido señalados, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y complicidad), las modalidades de comportamiento previstas en la parte general del código (como la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira e intenso dolor; el exceso en las causales de justificación), y las específicas de cada tipo penal en particular, que amplían o reducen su ámbito de punibilidad (como las previstas para el hurto en los artículos 241, 267 y 268 del Código Penal).

En cambio, quedan por fuera todos aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta punible, por no encontrarse vinculados con su ejecución, sino con actitudes postdelictuales del procesado, cuya concurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada, como por ejemplo la confesión, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la sentencia anticipada, o la retractación en el falso testimonio.

Sobre la misma temática ha puntualizado la Sala de Casación Penal:

No sería equitativo que para tales efectos se tengan en cuenta exclusivamente las circunstancias agravantes específicas, pues al igual que éstas la complicidad, la tentativa, la ira e intenso dolor, entre otros dispositivos amplificadores, hacen parte de la figura delictiva, y no existe razón para ignorarlas al momento de entrar a considerar la posibilidad de sustituir la prisión intramuros por domiciliaria.

Además de lo anterior, no puede olvidarse que la prisión domiciliaria alude a la ejecución de la pena y ésta es una decisión que se ha tomado con la precisión de todas las circunstancias que rodean el hecho, razón de más para estimar que cuando la norma habla de conducta punible no excluye aquellas modalidades del comportamiento que amplían o reducen el ámbito de punibilidad. (CSJ SP, 15 sep 2004, rad. 19948, reiterada en CSJ SP, 18 nov 2008, rad. 30539).

En el sub judice, dentro de las cláusulas del pacto no se encuentra el otorgamiento de la privación de libertad en la residencia del acusado, pero ello de ninguna manera impedía que la judicatura evaluara la posibilidad de acceder a ésta, por lo tanto, la negativa categórica del a quo y el ad quem constituye una violación directa de la ley sustancial que merece corrección en sede extraordinaria,

pues tal prohibición no está contenida en los textos que regulan el preacuerdo...(subrayas fuera de texto).

Si bien en el citado precedente se excluyen los efectos de la «*sentencia anticipada*» para determinar la pena en orden a establecer si concurre el requisito objetivo previsto en el numeral 1º del artículo 38B del estatuto punitivo (pena de 8 años de prisión o menos para el delito por el que se procede), por igual se advirtió que tratándose de «*preacuerdos*» se debía tener en cuenta la tipificación fruto de esa aceptación de culpabilidad consensuada.

Tal postura obedece, como ya lo ha precisado esta Corporación, a que en términos del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, dicha aceptación de culpabilidad se entiende que es la acusación, contrario sensu a como ocurre en la Ley 600 de 2000 (sentencia anticipada), en donde «*la reducción de la pena no surge a consecuencia de una tipificación más favorable, sino que la rebaja en la sanción se hace teniendo como punto de partida la imputación jurídica que corresponda, que procesalmente puede ser la señalada en el acta de aceptación de cargos respectiva, o en la resolución que resuelve la situación jurídica, cuando es necesario definirla, o en la acusación; dependiendo del momento en que se produce la referida aceptación (art. 40)*»².

De modo que frente a la Ley 906 de 2004, y en lo que toca con la manifestación de culpabilidad preacordada bajo una tipificación más favorable, el concepto «*conducta punible*»,

² CSJ SP16907-2016, 23 nov. 2016, rad. 46684.

para efectos de establecer la pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, es la pactada en el preacuerdo.

Así las cosas, como en el caso de la especie se procedió por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, el cual tiene una pena mínima de 9 años, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000 (modificado por los artículos 38 y 19 de las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011); el mismo se preacordó bajo la forma de participación de la complicidad; y en el artículo 30 ibídem, dicho amplificador del tipo conlleva a que se disminuya la pena de una sexta parte a la mitad, debe concluirse que la sanción mínima para este ilícito quedaría en 4 años y 6 meses, la cual es inferior a la requerida en el numeral 1° del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 para acceder a la prisión domiciliaria, por consiguiente, en este asunto es evidente que se cumple dicha exigencia.

3.2. El numeral 2° del artículo 38B prevé que la conducta punible respecto de la cual se pretende conceder la prisión domiciliaria, no debe ser una de aquellas excluidas del mecanismo de la prisión residencial en el artículo 68A del Código Penal.

Cabe señalar que esta última norma contiene dos condiciones que impiden el otorgamiento del beneficio³:

De un lado, el inciso 1° del artículo 68A del estatuto punitivo exige que la persona no haya sido condenada por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, circunstancia que se satisface en este asunto, por cuanto conforme lo dejó señalado la fiscalía en la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el procesado **Sanz Galeano** no registra antecedentes penales⁴.

Y de otro, el inciso 2° de la norma en comento contiene un listado de ilícitos frente a los que no procede el beneficio⁵,

³ CSJ AP907-2015, 25 feb. 2015, rad. 45244: «La confusión del censor surge de la remisión que el mentado canon realiza al inciso 2° del artículo 68A modificado, que prohíbe la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural a «quienes hayan sido condenados por delitos dolosos...», relacionando a continuación un catálogo de ilícitos que dada su especial gravedad y superlativa ofensa a los bienes jurídicos tutelados, excluye a quienes sean condenados por esas conductas para ser favorecidos con el supracitado subrogado penal, prohibición que también cobija al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de otros beneficios judiciales o administrativos.

Ese reenvío legal obliga al intérprete a realizar un análisis sistemático de las normas que regulan el respectivo mecanismo sustitutivo o beneficio penal, con la finalidad de establecer su procedencia, por cuanto el verdadero alcance de un determinado instituto puede estar dado, como ocurre en el caso del subrogado de la prisión domiciliaria, por la articulación de varios preceptos.

⁴ Audiencia del 19 de marzo de 2015 de aprobación de preacuerdo y artículo 447 de la Ley 906 de 2004, record 23:00.

⁵ “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,

en el que indudablemente no se encuentra incluido el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por el cual se emitió condena en este caso.

3.3. El numeral 3º del artículo 38B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, establece que para efectos de conceder la prisión domiciliaria, el procesado debe contar con arraigo familiar y social.

El juzgado de primera instancia negó la concesión del citado beneficio, tras considerar que el acusado no respetó el compromiso de permanecer en su vivienda cuando estuvo bajo detención preventiva residencial, pues se ausentó de este sitio para ir a trabajar sin contar con permiso para ello.

Tal razonamiento, validado implícitamente por el juez colegiado en su sentencia, denota una equivocada interpretación sobre la norma en comento, empleada para determinar la improcedencia del sustituto a favor del procesado, que no se aviene a la teleología del novel precepto, ni al sentido estricto de su texto.

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.” (No se tiene en cuenta la reforma introducida a través del artículo 4º de la Ley 1773 de 2016, toda vez que no estaba vigente para la época de los hechos).

En efecto, la redacción inicial del artículo 38 de la Ley 599 de 2000 exigía, como *requisito subjetivo* para otorgar la prisión domiciliaria, la evaluación del desempeño personal, laboral, familiar y social del condenado, en orden a determinar seria y fundadamente que no pondría en peligro a la comunidad y no evadirá el cumplimiento de la pena⁶.

Sin embargo, con la promulgación del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, se sustituyó dicha exigencia por una de *carácter objetiva* consistente en la demostración del arraigo familiar y social, cuyo estudio se muestra menos severo que el de aquél condicionamiento subjetivo. Y ello se explica con los propósitos que tuvo el legislador al expedir esa nueva normatividad, principalmente el encaminado a conjurar la crisis carcelaria, flexibilizando la aplicación de algunos subrogados, aunque sin renunciar a las funciones retributiva y de prevención especial de la pena, en los casos de conductas punibles de mayor gravedad y de procesados reincidentes en la comisión de delitos.

⁶ **ARTÍCULO 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.** *La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos:*

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*
- 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*
- 3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones...*

Es sabido que uno de los objetivos de la Ley 1709 de 2014 fue el de que se utilizaran las *«penas intramurales como último recurso»*, tal y como lo advirtió la entonces Ministra de Justicia y del Derecho en la exposición de motivos ante la Cámara de Representantes. Por eso se propuso y aprobó la eliminación de criterios subjetivos para la concesión de los subrogados y sustitutos penales en determinadas circunstancias, pero excluyendo de esos beneficios la reincidencia y determinados delitos (art. 68A), con el fin de guardar coherencia con los mecanismos judiciales de lucha contra determinadas formas de criminalidad ya previstos en otros estatutos legales (la corrupción en la Ley 1474 y la delincuencia común en la Ley 1453, ambas de 2011).

En el caso de la prisión domiciliaria, es claro que la eliminación del requisito subjetivo que imponía la evaluación del comportamiento previo del condenado, para pronosticar si representaba un peligro para la comunidad o si evadiría el cumplimiento de la pena, es una respuesta al propósito de esa política criminal, pues al tiempo que se efectuó tal supresión, pasando a exigirse únicamente la demostración del arraigo familiar y social, se condicionó el otorgamiento del sustituto a la aplicación del artículo 68A mencionado.

Ahora, la Sala⁷ ha definido el arraigo como *«el establecimiento de una persona de manera permanente en un*

⁷ CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 46647.

lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes...».

Luego, entonces, si la norma vigente lo que pide examinar es el arraigo del procesado, esto es, la existencia de un vínculo objetivo del procesado, ya sea de índole social o familiar, con el lugar donde reside, resulta inapropiado invocar su comportamiento anterior, incluso el asumido en el curso del proceso, para negar el sustituto punitivo, si ello nada tiene que ver con dicho concepto. Tal proceder no solo desconoce la literalidad de la norma (art. 38A Ley 599 de 2000), sino que termina por adicionarla al recurrir a valoraciones de carácter subjetivo no contempladas actualmente en la disposición legal.

Ciertamente, el incumplimiento del sentenciado de su obligación de mantenerse recluido en su vivienda mientras estuvo bajo detención domiciliar es un acto reprochable que merece ser rechazado totalmente. Inclusive, debió ser reprimido oportunamente mediante la figura de la revocatoria del beneficio prevista en el artículo 316 de la Ley 906 de 2004. Pero también resulta por completo inadmisibile que en el análisis ya no de la medida de aseguramiento sino de la prisión residencial, se acuda, con el fin de negarla, a lo censurable de ese acontecimiento previo para hacerlo parte de un diagnóstico – pronóstico comportamental que quedó abolido por la ley cuando ésta redefinió los requisitos que

determinan la procedencia de dicho sustituto punitivo, haciéndolos consistir en requerimientos de índole solo objetiva.

Encuentra la Sala que, conforme quedó consignado en la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el procesado **Óscar Eduardo Sanz Galeano** cuenta con arraigo familiar y social, pues convive en unión libre desde hace más de 16 años con la señora Vivian Muñoz Jiménez y tiene dos hijos; reside con su familia en Cali; se conoce su lugar de domicilio (calle 40 No. 15ª-26 barrio Atanasio Girardot); y tuvo ocupación laboral en dicha ciudad de la cual derivaba su sustento, (técnico de instalaciones)⁸, vínculos que fueron admitidos por la fiscalía en dicha oportunidad.

En esa medida, es claro que se satisfacen los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, conforme lo concluyeron el fiscal y el procurador delegados ante esta Corporación.

Ahora bien, para acceder a dicha pena sustitutiva, **Óscar Eduardo Sanz Galeano** deberá suscribir acta en la que se comprometa a cumplir las obligaciones exigidas en el numeral 4º del artículo 38 B del C. Penal, la cual habrá de garantizar mediante caución equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, suma que se fija en atención

⁸ Audiencia del 19 de marzo de 2015 de aprobación de preacuerdo y artículo 447 de la Ley 906 de 2004, record 27:00.

a su capacidad económica y la naturaleza del delito cometido.

La suscripción de la respectiva diligencia de compromiso y la recepción de la caución quedarán a cargo del juez de primera instancia, el cual ejerce jurisdicción en el territorio donde el sentenciado está privado de la libertad⁹.

La ejecución del beneficio de prisión domiciliaria se acompañará de un mecanismo de vigilancia electrónica, conforme con lo dispuesto en los artículos 38D y 38F del C. Penal.

4. Casación oficiosa

4.1. Sobre la dosificación de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas:

Al respecto se observa que el juzgador de primer grado, al fijar esa pena accesoria, concluyó que debía imponerse en el equivalente a la de prisión, esto es, en 4 años y 6 meses. Esa puntual circunstancia conduce a casar de oficio la sentencia, por cuanto ello se opone al criterio mayoritario de la Sala.

En efecto, de acuerdo con SP9226-2014, jul. 16, rad. 43514, entre otras decisiones, se tiene que la dosificación de

⁹ CSJ SP, 15 feb 2012, rad. 36607; CSJ SP, 9 jul 2014, rad. 43711 y CSJ SP, 5 ago. 2014, rad. 43860.

la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, se debe realizar aplicando el sistema de cuartos de que trata el artículo 61 del Código Penal. En efecto, en esa determinación se indicó al respecto:

Aun cuando el sentenciador también impuso al procesado la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, decidió determinarla en idéntico lapso al señalado para la pena privativa de la libertad, pasando por alto que para esa accesoria el artículo 51 establece los extremos punitivos dentro de los cuales procede dosificar la pena, que van de uno (1) a quince (15) años; luego, era deber para el juzgador dividir esos límites en cuartos y, luego, siguiendo los mismos criterios que aplicó para tasar la sanción principal, fijar el monto respectivo.

Desconocieron de esa manera los falladores el principio de legalidad, garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, al amparo de la cual los funcionarios están obligados a determinar las sanciones, cuando a ello hay lugar, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley.

La necesaria aplicación del artículo 61 sustantivo en la determinación de las penas accesorias, distintas a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ha sido reiterada por la Corte en las decisiones SP2636-2015, mar. 11, rad. 44221, y muy recientemente en la SP9557-2017, jul. 5, rad. 48659. De esa manera, es evidente que en el caso bajo examen, al dosificar el monto de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, impuesto a **Óscar Eduardo Sanz Galeano**, se incurrió en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del precitado

artículo 61. En consecuencia, corresponde casar la sentencia en ese aspecto puntual y sustituirla fijando la pena que legalmente corresponde.

Entonces, como quiera que según lo preceptuado en el artículo 51 del C. Penal, la pena accesoria en cuestión tiene un rango de duración de 1 a 15 años; y siendo que la imputación en este caso es a título de cómplice, se debe reducir de una sexta parte a la mitad de conformidad con el artículo 30 ídem. Es así que siguiendo las reglas del artículo 60-5 ibídem, en concordancia con el 61 ejusdem, el primer cuarto quedaría oscilando entre 6 y 42 meses, los medios entre 42 y 114 meses y el máximo entre 114 y 150 meses.

Ahora, teniendo en cuenta el criterio sentado por el juzgador al dosificar la sanción en la sentencia, se observa que éste, siguiendo los términos del preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el procesado, impuso la pena mínima, así que acorde con esa postura, la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas se fijará en **6 meses**. En consecuencia, será éste el sentido de la sustitución parcial oficiosa de la sentencia condenatoria.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Casar parcialmente el fallo impugnado y, en consecuencia:

- **Fijar**, de oficio, la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas en 6 meses.

- **Conceder** al inculpado **Óscar Eduardo Sanz Galeano** el sustituto de la prisión domiciliaria, cuya materialización se condiciona a la constitución de la caución y a la firma del acta de compromiso respectiva, en los términos señalados en la parte motiva de esta decisión. La ejecución del beneficio se acompañará de un mecanismo de vigilancia electrónica, conforme con lo dispuesto en los artículos 38D y 38F del C. Penal.

Segundo: Mantener incólumes las demás determinaciones adoptadas en la sentencia recurrida.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA
SP18912-2017**

En la sentencia de la que en parte me separó, se da alcance al principio de legalidad de la pena y se redosifica la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, atendiendo el sistema de cuartos.

Comparto esa determinación, es decir, la relativa a la necesidad de restablecer las garantías fundamentales vulneradas al procesado con la infracción del artículo 61 del Código Penal, pero no la desatención del postulado de motivación de dicha sanción, en la medida que el juzgador no expresó las razones para su imposición.

En ese sentido, es del caso reiterar, en lo pertinente, el salvamento de voto a la sentencia CSJ SP2636-2015 (Rad.: 43.881):

Consideré, y me mantengo en ello, que, por expreso mandato de los artículos 52 y 59 del Código Penal, la imposición de una pena accesoria debe estar precedida de una justificación, así sea mínima, de las razones por las cuales ella se hace necesaria en el caso concreto. Por consiguiente, soy del criterio que es obligado

para el juez consignar en el fallo los motivos «de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena».

A mi juicio, se ha debido mantener la postura de la Corte, plasmada en CSJ SP, 11 may. 2011, rad. 34614, reiterada luego en CSJ SP, 11 dic. 2013, rad. 41543, en donde se sostuvo:

...no es posible confundir la motivación acerca de la realización del injusto con la motivación relacionada con la imposición de la pena. La primera atañe a las pruebas que sustentan la manifestación en el mundo exterior de una conducta típica y antijurídica, mientras que la segunda concierne al reproche personal (manifestada en la sanción punitiva) que debe hacerse al autor de dicho comportamiento, situación que en cada evento implica el análisis de una serie de principios, fines y valores distintos.

(...)

De esta manera, la motivación de la imposición de la pena, ya sea principal o accesoria, tendría que ser diferente e independiente a la sustentación de la ejecución del ilícito, tanto en uno como en otro caso.

En la sentencia de la cual discrepo se parte de la base que la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma en casos en los que, como el presente, se investigó y juzgó un delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal, no requiere la exhibición de los fundamentos explícitos para su imposición.

En mi parecer, es inadmisibile sostener que en tales eventos es razonable y proporcional privar del derecho a tener armas sin que exista un porqué, pues ello implica crear reglas de excepción al deber de motivar, a pesar de que no fueron concebidas por el legislador, quien ninguna diferenciación o categorización hizo, y, por el contrario, fue exigente, como debe serlo en un Estado de Derecho, en punto que las decisiones se hallen sustentadas.

La motivación, debo agregar, es una garantía del debido proceso, en especial, del derecho de defensa del procesado y permite ejercer el de contradicción. Por ende, la inexistente motivación del juez en torno a la imposición de una determinada medida, infringe esos derechos y, por ende, lesiona el derecho de todo ciudadano a una garantía judicial efectiva.

Considero, con el acostumbrado respeto, que la exigencia de previa motivación judicial para aplicar una medida no puede condicionarse a la poca o escasa lesividad de aquella. El mandato legal (artículos 52 y 59 del Código Penal) es claro y general. No admite excepciones de ninguna índole.

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

Fecha *ut supra*.