



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**  
**Magistrado ponente**

**SP3103-2016**

**Radicación n° 45181**

(Aprobado Acta No. 71)

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

**VISTOS**

Una vez realizada la audiencia de sustentación del recurso de casación, resuelve la Sala la impugnación interpuesta por el defensor de *FLORO ALEXÁNDER DURÁN REAL* contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Neiva el 15 de septiembre de 2014, confirmatoria de la dictada en forma anticipada por el Juzgado 2° Penal del Circuito de La Plata (Huila) el 1° de agosto del mismo año, por cuyo medio lo condenó como cómplice penalmente responsable del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.



## **HECHOS**

Aproximadamente a la 1:50 de la mañana del 8 de septiembre de 2013, en el marco de un procedimiento de requisa adelantado por la policía nacional a la salida del establecimiento “Cielo” ubicado en la Avenida Los Libertadores carrera 3 E No. 12 A – 19 del municipio de La Plata, se encontró en poder de *FLORO ALEXANDER DURÁN REAL* un revólver Smith & Wesson, calibre 38 largo, número AEB8488, sin contar con el respectivo salvoconducto para portarlo; el arma tenía 6 cartuchos, 3 de los cuales habían sido disparados.

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

En audiencia realizada el 9 de septiembre de 2013 en el Juzgado 1° Penal Municipal de La Plata se impartió legalidad a la captura de *DURÁN REAL*, la Fiscalía le imputó la comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, a la cual no se allanó, y a instancia del ente acusador le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva intramural que luego fue sustituida por domiciliaria.



Una vez presentado el escrito de acusación y antes de celebrarse la correspondiente audiencia, se allegó un preacuerdo entre procesado y Fiscalía, en el cual aceptó la comisión del referido delito a cambio de degradar su participación de autor a cómplice.

El Juzgado 2° Penal del Circuito de La Plata dictó fallo el 1° de agosto de 2014, por cuyo medio condenó a *FLORO ALEXANDER DURÁN REAL* a la pena principal de 54 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, de manera congruente con el pacto referido. Así mismo, negó al prenombrado tanto la condena de ejecución condicional como la prisión domiciliaria.

Impugnada la sentencia por la defensa, el Tribunal Superior de Neiva la confirmó mediante fallo del 15 de septiembre de 2014, proveído contra el cual el mismo sujeto procesal interpuso recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, que fue admitida mediante auto del 12 de agosto de 2015. La audiencia de sustentación correspondiente se llevó a cabo el pasado 19 de octubre.

### **LA DEMANDA**

Con base en la causal primera de casación establecida en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, que



trata de la violación directa de la ley sustancial, el recurrente advera que el Tribunal incurrió en aplicación indebida del artículo 365 de la Ley 599 de 2000 y exclusión evidente del artículo 30 del mismo ordenamiento.

Luego de transcribir los citados preceptos, manifiesta que si bien el delito de porte ilegal de armas tiene una sanción de 9 a 12 años de prisión, al verificar el elemento objetivo para acceder a la prisión domiciliaria no debe tenerse en cuenta el mínimo citado, sino la sanción que en abstracto corresponde al cómplice, pues en tal condición fue condenado su procurado, es decir, una pena disminuida de la sexta parte a la mitad que corresponde a los extremos de 4 años y 6 meses a 10 años, asunto que afirma ha sido dilucidado por la Sala en providencias del 27 de mayo de 2004. Rad. 20642 y 30 de abril de 2014. Rad. 41350.

A partir de lo expuesto, el actor refiere que conforme a los lineamientos del artículo 38 B de la Ley 1709 de 2014, su asistido tiene derecho a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, pues cumple con el requisito objetivo dado que la pena mínima de 4 años y 6 meses es inferior a 8 años de prisión, *«el arraigo con suficiencia se demostró con la prueba documental aportada»*, carece de antecedentes y está presto a consignar la caución que se fije, y por ello, solicita a la Corte



la casación del fallo, en el sentido de conceder a *FLORO ALEXANDER DURÁN REAL* la prisión domiciliaria.

## **AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN**

### **1. Intervención del demandante**

A los argumentos plasmados en el libelo, el defensor adiciona que aunque el Tribunal invocó la sentencia C - 1260 de 2005 (en referencia a la imposibilidad de crear tipos penales como resultado de la negociación preacordada de culpabilidad), en la presente oportunidad las partes obraron al amparo del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual es posible pactar una modificación en el título de participación. Finalmente, insiste en la solicitud anteriormente anotada.

### **2. Intervención de los no recurrentes**

Tanto la Fiscalía como el Ministerio Público abogan por la casación del fallo y en su lugar la concesión de la prisión domiciliaria. Consideran cumplido el requisito objetivo, cuyo cálculo, adveran, debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de la punibilidad, como lo tiene sentado la Colegiatura. De otra parte, agregan, se colma también la exigencia subjetiva, en tanto está



demostrado el arraigo de *FLORO ALEXANDER DURÁN REAL*, y éste carece de antecedentes penales.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Precisión inicial**

Previo a resolver de fondo, impera señalar que el demandante cuenta con interés para recurrir, pues la única crítica elevada se formula con relación a la negativa de la prisión domiciliaria, aspecto que no fue objeto del preacuerdo suscrito entre el acusado y la Fiscalía.

Lo anterior por cuanto, acorde con el desarrollo jurisprudencial del canon 182 del estatuto adjetivo (entre otras, CSJ SP, 03 Sep 2014, Rad. 33409), no es posible impugnar las sentencias dictadas de forma anticipada respecto de aspectos admitidos por el acusado de forma unilateral o convenida.

### **2. Prisión domiciliaria**

La sustitución de la privación de libertad intramural por domiciliaria, inicialmente regulada en el artículo 38 del Código Penal, ha sido objeto de varias modificaciones,



introducidas mediante las Leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1709 de 2014.

Aunque los hechos por los que se procede en el *sub examine* son anteriores a la vigencia del último cuerpo normativo en cita, éste debe aplicarse por favorabilidad, dado que las exigencias allí previstas son más laxas que las consagradas en las pretéritas disposiciones legales, y el delito imputado no excluye la posibilidad de acceder al mecanismo sustitutivo. (Cfr. CSJ AP, 28 Ene 2015, Rad. 44776, entre muchos otros). Dichos requisitos son los siguientes:

*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.*

La primera de las exigencias reseñadas consiste en que el delito por el cual se impone condena prevea una pena mínima igual o inferior a ocho años de prisión. En no pocas ocasiones ha aclarado la Corte que dicho tiempo se refiere a la sanción legal en abstracto, no a la efectivamente impuesta en cada caso (Cfr. entre otros, CSJ AP, 28 Ene 2015, Rad. 44776).

## **2. Caso concreto**



Compete a la Sala determinar la viabilidad de favorecer a *FLORO ALEXÁNDER DURÁN* con la prisión domiciliaria, teniendo en cuenta que fue condenado con base un marco punitivo previsto para la condición de cómplice del punible de porte de armas de defensa personal.

El delito referido está sancionado por el canon 365 del estatuto sustantivo –incluida la modificación de la Ley 1453 de 2011, artículo 19- con prisión de 9 a 12 años.

De una lectura simple y literal se concluiría que si la pena mínima para el referido delito contra la seguridad pública es de 9 años de privación de libertad, y si la prisión domiciliaria procede cuando se condene por una «*conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*», el punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal no satisface el requisito objetivo para que el sentenciado acceda a dicha figura sustitutiva.

No obstante, encuentra la Corporación que si el derecho penal se caracteriza porque la responsabilidad es individual, en punto de la imposición de la pena y de su ejecución, también es imprescindible que los beneficios respondan a esa individualización, como que no se aviene con dicho postulado, ni con el principio de proporcionalidad de las sanciones penales, que se midan con igual baremo



los procederes de un autor o los de un cómplice, las consecuencias de un delito tentado o de uno consumado.

En efecto, de una estricta y exegética interpretación de la última de las normas citadas podría concluirse que el legislador no hizo distinción alguno entre autores, determinadores o cómplices, ni entre delitos tentados o consumados, no obstante, no es ese el sentido que conforme al carácter esencialmente individual de la pena y el principio de proporcionalidad de ésta se deriva del texto en comento.

Así pues, la noción de «*conducta punible*» a la que se refiere el citado precepto no puede entenderse como una remisión genérica e igualitaria para todos quienes hayan cometido tal o cual comportamiento, por el contrario, su inteligencia apunta, conforme al principio de proporcionalidad de la sanción, a que debe ponderarse en cada caso concreto cuál es la *conducta* que determinó la imposición de la pena.

En tal sentido, no corresponde a la misma conducta la realizada por un autor o por un cómplice, pues huelga señalar que la del segundo no podrá en ningún caso tener una pena superior o igual a la del autor, es decir, siempre será inferior. De igual manera, nunca la pena para el autor



del delito tentado podrá ser igual o superior a la sanción derivada para el punible consumado.

Si ello es así, dado que en la estructura del fallo, luego de la acreditación de la materialidad del delito, así como de la responsabilidad del acusado, el funcionario judicial procede a cuantificar la sanción teniendo en cuenta para ello no únicamente el comportamiento por el que se procede, sino las circunstancias modificadoras de la punibilidad generadas como consecuencia del preacuerdo, encuentra la Sala que *mutatis mutandi*, cuando se establece la *conducta punible* en punto del elemento objetivo para acceder a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, también deben tenerse en cuenta tales variantes de los extremos punitivos, a fin de precisar con singularidad e individualidad, que en el caso concreto la «pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos».

Como ejemplo se tiene que la prescripción de la acción y la sanción penal de un mismo delito, opera de manera diferenciada para el cómplice y para el autor, como lo ha venido explicando la Corte desde la vigencia del Decreto Ley 100 de 1980, en postura que ha pervivido también bajo el rigor de la Ley 599 de 2000, así:

*Para la determinación del término de prescripción de la acción penal, es cierto, han de computarse "las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes" (art. 80 C. P.). La misma expresión "concurrentes" que usa el texto legal, indica que debe tratarse de factores contingentes de comportamiento coetáneos a la realización del hecho punible, no de conductas posteriores a la consumación del mismo, que de pronto puedan llegar a amainar la cantidad de pena, sencillamente porque las últimas se identifican como simples reductoras del monto de la sanción, al paso que los primeros son verdaderos elementos accidentales que están dentro de la estructura del delito. (CSJ SP, 11 Jul 2000, Rad. 12758. También, CSJ AP, 04 May 2011, Rad. 34969 y CSJ SP, 30 Abr 2013, Rad. 38385).*

De manera similar, los artículos 357-1 de la Ley 600 de 2000 y 313-2 de la Ley 906 de 2004 establecen como presupuesto de la imposición de medida de aseguramiento que la pena mínima del delito por el que se procede «sea o exceda de cuatro (4) años», sobre lo cual la Corte tiene decantado que, en cuanto atañe a establecer la sanción mínima, corresponde realizar la respectiva dosificación en cada caso concreto, para lo cual, desde luego, deben tenerse en cuenta las circunstancias modificadoras de los extremos punitivos, como ocurre -entre otras- con la complicidad.

La misma situación se presenta con relación a la tentativa (Art. 27 del Código Penal), cuya reducción punitiva



se ve representada en la respectiva tasación de la sanción y también en el cálculo de los requisitos objetivos atinentes a varios institutos, entre otros, la prisión domiciliaria (Cfr. CSJ AP, 28 May 2014, Rad. 43247).

En consecuencia, encuentra la Corte que en punto de constatar el límite punitivo mínimo de la conducta por la cual se procede a fin de verificar el elemento subjetivo para acceder al mecanismo sustitutivo aludido, se impone tener en cuenta aquellas circunstancias con virtud para modificar los extremos de pena establecidos en el precepto, dentro de las cuales se encuentra, aunque no exclusivamente, la condición de complicidad.

En el pronunciamiento CSJ SP, 31 Ago 2005, Rad. 21720, posteriormente referencia obligada del tema, 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 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. (Énfasis propio).*

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. Con tal cometido, la Colegiatura procede a examinar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 38 B del Código Penal, anteriormente reseñados.

Primero, la conducta punible por la que se procede, en atención a la condición de complicidad preacordada (que conlleva la disminución «de una sexta parte a la mitad» de la pena señalada en el tipo penal -Art. 30 del estatuto



sustantivo-), tiene prevista una pena mínima de 4 años y 6 meses, es decir, inferior a 8 años de prisión.

Segundo, el porte de armas de defensa personal no hace parte del catálogo de delitos excluidos por el artículo 68 A del estatuto sustantivo.

Tercero, el arraigo del procesado está suficientemente acreditado con el respectivo informe de policía judicial practicado el 8 de septiembre de 2013, en el que se detallan sus datos de identificación, filiación, ocupación y residencia, así:

**FLORO ALEXANDER** [sic] **DURAN** [sic] **REAL**, IDENTIFICADO [sic] CON LA CEDULA [sic] DE CIUDADANIA [sic] N° 1.081.392.629 EXPEDIDA EN LA PLATA HUILA, GRADO DE ESTUDIO TECNICO [sic] HIJO DE FLORENTINO DURAN [sic] (FALLECIDO) Y BEATRIZ REAL, VENDEDOR DE LA EMPRESA CAUCHO SOL DEL CENTRO S.A., RESIDE EN LA VEREDA BAJO SAN ISIDRO FINCA VILLA REAL DE LA PLATA HUILA EN LA CIUDAD DE LA PLATA, CON SU COMPAÑERA SENTIMENTAL SARA LUCÍA DIAZ [sic] TORRES, VIVIENDA LA CUAL ES DE PROPIEDAD DE SU MADRE LA SEÑORA BEATRIZ REAL, A LA CUAL NO LE PAGA ARRIENDO.

Por último, el procesado no ha sido condenado por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores (Art. 68 A del Código Penal), según se extrae del oficio emitido el 8 de



septiembre de 2013 por la Policía Metropolitana de Neiva, en el que se indicó:

*... [C]onsultada la información sistematizada de antecedentes penales, así como órdenes de captura de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol (DIJIN) y según lo estipulado en el artículo 248 de la Constitución Nacional, aparece registrada hasta la siguiente información así:*

***FLORO ALEXÁNDER RELA DURÁN*** [sic] C.C. 1081392629, NO REGISTRA ANTECEDENTES JUDICIALES SEGÚN ART. 248 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA. (La Corporación destaca que pese al error de digitación en el nombre del sentenciado, la coincidencia de su documento de identidad confirma que se trata de la misma persona).

Ante tal panorama, el fallo de segunda instancia será casado parcialmente, en el sentido de conceder al procesado la prisión domiciliaria.

Para acceder a la medida sustitutiva, debe suscribir acta de compromiso en la que se obligue a cumplir las obligaciones consagradas en el artículo 38 B del Código Penal, la cual habrá de garantizar mediante caución equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), suma que se fija en atención 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 libertad<sup>1</sup>.

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

### **RESUELVE**

**CASAR** parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de conceder al procesado la prisión domiciliaria, cuya materialización se condiciona a la constitución de la caución respectiva, en los términos indicados en la motivación. En lo restante el fallo objeto de reproche queda incólume.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

---

<sup>1</sup> En el mismo sentido, CSJ SP, 15 Feb 2012, Rad. 36607; CSJ SP, 09 Jul 2014, Rad. 43711 y CSJ SP, 05 Ago 2014, Rad. 43860.



**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**



**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**  
Secretaria