

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Sustanciador
Santiago Apráez Villota
Aprobado acta No. 95.

Medellín, dieciocho (18) de junio de dos mil diecinueve (2019).

El Juez 1º Penal del Circuito de Itagiú improbió el preacuerdo celebrado entre el Fiscal 41 Seccional y el procesado Daniel Henao Ramírez en presencia de su defensor, en audiencia celebrada el pasado 8 de abril.

Contra esta determinación interpusieron el recurso de apelación los representantes de la Fiscalía General de la Nación y del acusado, el cual sustentaron oralmente, por lo que la Sala se apresta a desatar la alzada.

ANTECEDENTES

1. El Fiscal 41 Seccional relató de la siguiente manera los hechos que dieron origen a la actuación en el escrito de acusación:

“Ocurrieron el 14 de enero de 2017 a las 08:20 horas en el municipio de La Estrella en la carrera 54 # 79 Sur 73, cuando el señor ALEJANDRO SUAREZ ORTIZ, fue ultimado al lado del vehículo taxi de placas OKE 186, del cual era el conductor, siendo impactado en cinco (5) ocasiones con un arma de fuego tipo pistola, conclusión a la que se llega pues se recaudaron en la escena del crimen cinco (5) casquillos calibre 7.65, y un (1) proyectil del mismo calibre; elementos que fueron remitidos a los laboratorios de balística donde se les hicieron los estudios del caso, además de alimentar las bases de datos con

los patrones obtenidos del estudio practicado; arrojando el sistema una coincidencia de los elementos encontrados al homicidio del señor ALEJANDRO SUAREZ ORTIZ, con un arma de fuego tipo pistola calibre 7.65, la cual le fuera incautada al señor DANIEL HENAO RAMÍREZ, el mismo día del homicidio en horas de la tarde en la ciudad de Medellín; en esa oportunidad fue sorprendido el señor DANIEL HENAO RAMÍREZ, portando la citada arma con un silenciador para la misma, hechos por los cuales fue capturado y puesto a disposición de la autoridad competente, generándose el NUNC 050016000206201701878, adelantándose investigación por el Fiscal⁴³ Especializado en contra del señor DANIEL HENAO RAMÍREZ como presunto responsable del delito de PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS, proceso que concluyó con sentencia condenatoria en disfavor del implicado.”.

2. En audiencia celebrada el 22 de agosto de 2018 por el Juez 2º Promiscuo Municipal de la Estrella, el representante de la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Daniel Henao Ramírez como cómplice del delito de homicidio de Alejandro Suárez Ortiz y autor del delito previsto en el artículo 365 del código penal, porque según se afirma por el Fiscal “*prestó su ayuda posterior al hecho, para encargarse o hacerse responsable del arma con el que se cometió el homicidio.*” El procesado no aceptó en esos momentos los cargos.

3. En esos mismos términos fue presentado el escrito de acusación por el Fiscal 41 Seccional; no obstante, al inicio de la audiencia de formulación de acusación presentó un formato de acta de preacuerdo, en la que el procesado admite el cargo de homicidio, en su condición de cómplice, a cambio del reconocimiento de la circunstancia específica de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 del código penal, la imposición de una pena de prisión de 17.33 meses de prisión y la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria en los términos del artículo 38 del código penal.

Respecto del delito de porte de arma de fuego se aclaró lo siguiente:

“Se deja constancia que estudiados los elementos materiales probatorios con los que cuenta la Fiscalía se puede concluir que la acusación en las presentes diligencias solo puede proceder por el delito de homicidio y no por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, ya que si se procede por dicho delito, se podría incurrir en una violación del principio del non bis in ídem, lo anterior debido a que el señor

DANIEL HENAO RAMÍREZ ya fue condenado por el Juzgado Quinto Especializado de Medellín por el delito de portar la misma arma de fuego vinculada al homicidio ocurrido en el municipio de La Estrella.”.

4. El Juez 1º Penal del Circuito de Itagüí improbo el preacuerdo con el argumento que se había incurrido en una vulneración del principio de legalidad al sustituirle al procesado la prisión intramuros por domiciliaria, lo cual expresó no se podía hacer porque Daniel Henao Ramírez registraba una sentencia de condena dentro de los cinco años anteriores (se refirió a la sentencia por el porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas emitida el 22 de noviembre de 2017 por el Juzgado 5º Pernal del Circuito Especializado), con lo cual, en su sentir, se desconoció el contenido del inciso 1º del artículo 68A del código penal.

5. La anterior determinación fue apelada por el Fiscal 41 Seccional y el defensor, con la pretensión por que se revoque y se prosiga con la verificación del preacuerdo.

En síntesis, para el representante del ente acusador no se vulneró el principio de legalidad al solicitar la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria a favor del procesado, ya que no se puede mirar la sentencia que constituye el antecedente en forma genérica, sino que se deben tener como constitutivos del antecedente penal los hechos que hacen parte de la misma; y, en este caso en particular, la sentencia se profirió por el delito de porte de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, si bien anterior a la fecha en que se suscribió el preacuerdo (noviembre 22 de 2017), la misma hace referencia a los hechos sucedidos en horas de la tarde del día 14 de enero de 2017, mientras que la negociación en este caso se hizo por los acaecidos en horas de la mañana de ese mismo día, por lo que no se puede sostener que Daniel Henao Ramírez incurrió en un delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, que es a lo que apunta la prohibición del citado artículo 68A.

El defensor coadyuvó los argumentos del representante de la Fiscalía, aduciendo además que no es posible que por errores de la justicia (en su criterio los dos delitos debieron ser juzgados bajo la misma cuerda y no por separado) el procesado deba ser “*purgado de sus garantías constitucionales*”.

6. Como no recurrente intervino el representante del Ministerio Público en apoyo de la determinación adoptada, aduciendo que si bien puede ser

circunstancialmente cierto que, como fruto del azar o bien de la actividad judicial, se dio primero la condena por el porte y que se esté ad portas de decidir lo concerniente al delito de homicidio, ello no aporta ningún elemento nuevo frente a la prohibición que nos ocupa, como quiera que la existencia de una sentencia condenatoria dentro de los cinco (5) años anteriores “*le imposibilita acceder a un beneficio igual o similar por el delito de homicidio, igual hubiese ocurrido si la sentencia o el preacuerdo inicialmente hubiera sido por el homicidio y estuviere gozando de un beneficio como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y ahora dentro de los cinco años siguientes a la ejecutoria de esa sentencia estuviere buscando el beneficio en el proceso por porte, entonces, a efectos de la prohibición legal, dicho argumento...no es del suficiente rigor para que la decisión adoptada por el juzgado pierda legitimidad...*”.

SE CONSIDERA:

La Sala se ocupará de resolver la censura al auto del inferior funcional que improbo el preacuerdo celebrado entre las partes, como quiera que el recurso de apelación no solo fue interpuesto y sustentado en oportunidad, sino también porque al representante del ente acusador y al defensor les asiste legitimidad e interés en solicitar que la segunda instancia se abra a trámite para revisar la juridicidad y acierto de la decisión.

El punto objeto de inconformidad con lo decidido tiene que ver con la prohibición establecida en el artículo 68A del código penal, según el cual no se tiene derecho, entre otros beneficios, a la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria “*cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*”.

El funcionario de primera instancia, coadyuvado por el representante del Ministerio Público, viene en considerar que la condena se traduce en la sentencia debidamente ejecutoriada que se haya proferido dentro de ese lapso, por lo que, si en este caso esa providencia fue proferida por el delito de porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas y cobró ejecutoria dentro de los cinco (5) años anteriores, resulta aplicable la prohibición independientemente de cualquier otra consideración.

Para la Sala se trata de una lectura equivocada de la norma y de la línea jurisprudencial vigente sobre la materia, bajo el entendido que este caso la condena por el delito de porte de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas se dio en momento posterior a la comisión de los hechos por los que hoy se juzga a Daniel Henao Ramírez.

Sobre el cabal entendimiento de la exclusión que dio pie a la improbación del preacuerdo por presunta vulneración del principio de legalidad, otra Sala de este mismo Tribunal, con ponencia del Magistrado Leonardo Efraín Cerón Eraso, puntualizó lo siguiente en providencia del 31 de enero de la presente anualidad (*Cfr.*, radicado 2013-40973):

“ 5.2 El problema jurídico

Planteadas como están las cosas, le corresponde a esta Sala establecer en punto a la concesión de subrogados o sustituciones penales, en primer lugar, ¿qué tipo de antecedentes son los que se deben tener en cuenta para aplicar la prohibición del artículo 68A penal?; y, en segundo lugar, ¿qué consecuencias tendría para el procesado registrar tal tipo de antecedentes? Analizado lo anterior, la Sala decidirá si la condenada tiene derecho a algún beneficio penitenciario.

5.3. Los antecedentes requeridos por los artículos 63 y 68A del código penal.

La primera precisión que hará esta Sala de Decisión es que, pese a que los hechos por los que se está juzgando a la procesada datan del año 2013, por favorabilidad, para analizar la concesión o no del subrogado pretendido –artículo 63-, el caso será estudiado bajo la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014, como quiera que esta última resulta ser más benéfica para la procesada, no solo porque amplía el requisito objetivo del tiempo de condena en un año más, en determinadas circunstancias releva al fallador de cualquier análisis subjetivo acerca de la personalidad, antecedentes de toda índole y gravedad de la conducta y, no exige el pago de la multa como requisito previo para la concesión del subrogado.

Dicho esto, ahora es importante advertir que el legislador de tiempo atrás ha visto con preocupación el fenómeno de la reincidencia delictual como un factor que afecta de manera seria y grave la seguridad ciudadana y la propia legitimidad del sistema de justicia penal y por ello ha tratado de endurecer las respuestas punitivas del Estado frente a personas a las que la o las penas que se les ha impuesto no

han obrado como suficiente factor de disuasión. Muestra clara de esta estrategia de política criminal fue la creación del artículo 68A mediante la Ley 1142 de 2007, en el cual se consagró la prohibición de cualquier beneficio penitenciario a los procesados que registren en su haber sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores:

EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Empero, una cierta falta de técnica legislativa en la redacción de esta norma llevó esencialmente a que se presenten dos problemas de interpretación, a saber: ¿Qué debe entenderse por condena? y ¿cuál es el límite temporal que establece tal artículo?

Frente al primer interrogante, como antecedente penal, la jurisprudencia ha entendido que son la existencia de sentencias penales condenatorias ejecutoriadas que figuren en contra de una persona de manera intemporal, a no ser que por propia disposición del legislador le fije un límite.

El primer referente normativo de antecedente penal lo establece la Constitución Política cuando en su artículo 248 definió:

“Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.”

La Corte Constitucional en sentencia T-444 de 1992, cuando estableció los alcances del *habeas data*, y los límites que deben tener los organismos de seguridad del Estado en la difusión de la información atinente a los antecedentes penales y contravencionales de los ciudadanos determinó:

Por "antecedente" debe considerarse única y exclusivamente las condenas mediante sentencia judicial en firme al tenor del artículo 248 constitucional. Esta regla se predica, entre otros efectos, para los certificados sobre conductas y antecedentes.

En ese orden de ideas, cuando la norma arriba referida hace alusión a que la persona “haya sido condenada” se refiere necesariamente a sentencias ejecutoriadas.

Aclarado el primer punto, lo segundo es que en el artículo 68A se establece un límite temporal, fijado en 5 años, para tener en cuenta los antecedentes penales por conductas dolosas o preterintencionales. Frente a esto, como se señaló ha habido, varias interpretaciones para calcular tal interregno de tiempo; sin embargo, la más garantista y que coincide con la intención del legislador de sancionar de manera más severa a las personas reincidentes, es la adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que para que opere la prohibición en cita, el procesado debe registrar una sentencia condenatoria ejecutoriada dentro de los 5 años anteriores a la comisión de la nueva conducta delictual.

Reliévese el hecho de que el mojón temporal inicial es la ejecutoria de una sentencia por delito doloso o preterintencional y el final la ejecución material de un nuevo delito y no el proferimiento de un segundo fallo judicial. Lo primero en una clara aplicación del principio, pero a la vez derecho fundamental de la presunción de inocencia, la cual ciertamente solo puede ser derruida con una sentencia en firme y lo segundo, porque el análisis de reincidencia delictual no puede quedar sometido a los avatares del proceso penal, sino que tiene que tener como claro y único referente la conducta de la persona judicializada.

En efecto, el alto Tribunal de Casación, frente al punto, dijo:

“Tal como lo ha expresado la Corte Constitucional¹, uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena debe mantenerse, o que no es adecuado otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia, *«entendida ésta como la reiteración del delito, esto es, como el reproche a quien cometió una nueva conducta ilícita después de haber estado sometido a una pena anterior»*.”

3.6. La Sala ha considerado tal elemento como determinante para el reconocimiento o no de los mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad, cuando la ley lo contempla, en tanto está ligado de manera inescindible a las funciones de la pena y al reproche personal que debe hacerse dentro de la categoría de la culpabilidad.

3.7. Así, por ejemplo, lo explicó la Corte en el fallo CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943:

En cuanto a los antecedentes penales como criterios indicativos de la personalidad, si bien la Sala ha precisado que no deben ser tenidos en cuenta por los jueces para

considerar demostrada la comisión de la conducta, ni para individualizar una pena en detrimento de los intereses del procesado, también ha señalado que sirven para establecer que la sanción debe cumplirse en un establecimiento carcelario, o no puede ser suspendida condicionalmente, ni incluso ser sustituida por un mecanismo de punición menos drástico, como la prisión domiciliaria [...].

3.8. Ahora, 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. Por ello se propuso y aprobó la eliminación de criterios subjetivos para la concesión la suspensión condicional de la ejecución de la pena determinadas circunstancias. Pero también se propugnó por darle relevancia a la reincidencia, aunque limitándola a un espacio de tiempo -5 años-, como factor que incidiría en el estudio de viabilidad del mismo. Así quedó plasmado en el artículo 63 del C. Penal:

...

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. (...).

3.9. Como el propósito del legislador fue prever en sí misma la reincidencia como criterio de eventual exclusión de subrogados penales cuando ella se presenta en un determinado plazo, entonces es válido colegir que *la comisión* del nuevo delito sancionado, es el evento que se erige como punto de referencia para contabilizar, hacia atrás, el término de 5 años, en el cual deberá aparecer la imposición de una condena penal anterior que dará lugar a la aplicación del numeral 3º del citado artículo 63.

3.10. De modo, que si lo reprochable es que el individuo, no dando muestras de resocialización por la imposición de una pena anterior, decide cometer una nueva conducta punible, el criterio prohijado por el recurrente, según el cual el conteo de los 5 años previos debe verificarse a partir de la *fecha de la sentencia condenatoria* proferida en razón al nuevo ilícito, resulta por completo desacertado, puesto que el fallo judicial que sanciona la ejecución del delito no es fenomenológicamente equiparable a la ocurrencia del hecho, que es finalmente lo que se censura del reo.

3.11. Además, aceptar esa interpretación sería tanto como someter la aplicación de las consecuencias derivadas de la reincidencia a una inapropiada especie de caducidad no prevista en la norma, ni extraíble de su espíritu, pues conforme a ese criterio, sin importar los vaivenes que puedan producirse en el proceso, todo dependerá de que la nueva conducta ilícita sea sancionada mediante fallo que finalmente se emita antes de vencerse los 5 años siguientes a la fecha del antecedente penal, ya que si esa decisión se profiere por fuera de dicho plazo, al juez le quedará automáticamente vedado tener en cuenta dicha condena para resolver si suspende o no la ejecución de la pena. Con esta inaceptable postura se

trasladaría el reproche pretendido por el legislador, del reincidente al sistema judicial, sin fundamento alguno.

3.12. En suma, la procedencia de la suspensión condicional de la pena bajo la hipótesis prevista en el numeral 3º del artículo 63 del C. Penal, se determinará cuando la persona: a) sea condenada a prisión inferior a 4 años; b) por un delito diferente a los excluidos por el artículo 68A ibídem; c) tenga antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores **a la comisión del nuevo hecho delictivo** por delitos dolosos diferentes a los excluidos; d) y no necesite de la ejecución de la pena, según la valoración subjetiva que realice el juez.”¹-Subrayas intencionales de la Sala-¹

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional:

Precisamente uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena debe mantenerse, o que no es adecuado ni justo otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia, entendida ésta como la reiteración del delito, esto es, como el reproche a quien cometió una nueva conducta ilícita después de haber estado sometido a una pena anterior...como es el caso de la norma objeto de estudio (negrilla fuera del texto).”²

Y, concluyó:

“En conclusión, hoy por hoy, para que un condenado pueda acceder a la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria debe reunir estos requisitos:

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 el delito por el cual está siendo condenado no esté incluido en la lista del inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que el sentenciado carezca de antecedentes penales por delito doloso, cualquiera que sea, dentro de los cinco años anteriores a la comisión del nuevo delito (art. 68A, inc. 1).

¹ Sala de Casación Penal, radicado 50462 del 17 de enero de 2018

² Sentencia C – 425 de 2008.

4. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

5. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el juez, entre ellas el pago de perjuicios a la víctima.³

Y para que pueda acceder al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se deben dar los siguientes condicionamientos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 4 años

2. Si la persona no tiene antecedentes penales y el delito por el cual ahora está siendo condenado no es de los enlistados en el inciso segundo del artículo 68 A, el subrogado se concederá con base únicamente en el requisito del numeral 1.

3. Que el delito por el cual ahora está siendo procesada la persona no esté enlistada en el artículo 68 A

4. Si la persona tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores a la comisión de la conducta por la cual ahora se la condena, se podrá conceder el subrogado siempre y cuando de los antecedentes personales, personales y familiares del sentenciado se pueda colegir que no hay necesidad de ejecutar materialmente la pena.⁴”

Siguiendo estos lineamientos, que esta Sala comparte, dígame, entonces, que se muestra desacertada la determinación adoptada por el funcionario de conocimiento, como quiera que, si bien el procesado registra una condena dentro de los cinco (5) años anteriores –sentencia emitida por el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado del 22 de noviembre de 2017–, la misma se dio en un momento posterior a la comisión de los hechos por los que hoy se juzga, que lo fueron en enero 14 de 2017, por lo que no se puede tener como antecedente penal a la luz de la exclusión de beneficios contenida en el artículo 68ª del código penal.

³ Al respecto confrontar la sentencia 45927 del 15 de agosto de 2015, Sala de Casación Penal.

⁴ Sala de Casación Penal, radicado 50462 del 17 de enero de 2018.

En este caso, incluso, la pregunta obligada sería qué hubiera ocurrido si los dos delitos conexos se hubieran fallado bajo una misma cuerda, lo cual era perfectamente posible; caso en el cual muy seguramente, de haberse pactado la sustitución de la prohibición domiciliaria como consecuencia del preacuerdo, no se estaría planteado la presencia de la prohibición, por lo que no puede ser posible que se traslade la carga de no haberse fallado en este proceso conjuntamente la responsabilidad por los dos delitos al procesado, quien no tiene porqué asumir las contingencias procesales que se han presentado en este caso.

Que el representante de la Fiscalía haya sido sumamente generoso al pactar la prisión domiciliaria, pese al perfil delincucional del procesado, ello no es asunto que tenga que ver con la legalidad del preacuerdo, pues lo cierto es que en este caso el Fiscal no se ha salido del ámbito que la ley y la jurisprudencia le otorga para llegar a una salida anticipada del conflicto.

Por las anteriores breves razones, la Sala atenderá la súplica de los recurrentes y, en consecuencia, revocará la determinación de primera instancia, a fin de que el funcionario de conocimiento continúe con la verificación del preacuerdo.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE:

Revocar el auto emitido por el Juez 1º Penal del Circuito de Itagüí en audiencia celebrada el pasado 8 de abril y, en consecuencia, disponer que continúe con el trámite referido a la verificación del preacuerdo celebrado entre el representante de la Fiscalía y el procesado Daniel Henao Ramírez.

Contra esta determinación no procede recurso alguno.

Celebrada por el Magistrado Sustanciador la audiencia de lectura de este auto, en la cual se notificará a las partes su contenido, regrese la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

Cúmplase.

Santiago Apráez Villota
Magistrado

Froilán Sanabria Naranjo
Magistrado

Leonardo Efraín Cerón Eraso
Magistrado