REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinte (20) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

Radicado:	**050016000000202101209**
Procesado:	**Robinson de Jesús Velásquez**
Delito:	**Hurto calificado y agravado – utilización ilegal de uniformes e insignias**
Asunto:	**Apelación de Sentencia –allanamiento a cargos-**
Sentencia:	**No. 27. Aprobada por acta No. 97 de la fecha.**
Decisión:	**Confirma el fallo de primer nivel**

Magistrado Ponente
Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

No habiendo sido aprobada la ponencia inicial presentada por el señor Magistrado Oscar Bustamante Hernández, se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto el defensor del señor **Robinson de Jesús Velásquez**, en contra de la sentencia del 27 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, Antioquia, por medio de la cual y en virtud de la aceptación unilateral de cargos del ante mencionado, lo condenó por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con utilización ilegal de

uniformes e insignias, imponiéndole una pena de 36 meses de prisión, a su vez que le negó el acceso a la prisión domiciliaria del canon 38G del C.P.

2. ACONTECER FÁCTICO

La presente actuación, tuvo su génesis el 16 de mayo de 2021 a las 3:00 a.m., en el inmueble ubicado en la calle 9 A Sur, Nro. 11-111 casa 138, condominio San Gabriel, barrio El Poblado de esta ciudad, cuando el señor **Robinson de Jesús Velásquez** en compañía de otras personas, exhibiendo una orden falsa de autoridad competente y simulando ser miembros de la Policía Nacional, ingresaron de manera arbitraria a esa vivienda y se apoderaron de joyas, elementos personales y dinero en efectivo pertenecientes al señor Nelson Gómez y su núcleo familiar, elementos hurtados que fueron tasados en $233.172.311.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 15 de diciembre de 2021, ante el Juzgado Trece Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías, se declaró legal la captura de **Robinson de Jesús Velásquez;** acto seguido, la Fiscalía formuló imputación por los delitos de hurto calificado y agravado y utilización ilegal de uniformes e insignias, cargos que no fueron aceptado por el ciudadano, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio.

El ente persecutor presentó escrito de acusación el 6 de enero de 2022, correspondiendo su conocimiento por reparto al Juzgado Dieciséis penal del Circuito de Medellín.

Luego de múltiples aplazamientos solicitados por la defensa, el Despacho antes señalado celebró audiencia de acusación el 7 de octubre de 2022, fecha en la cual la defensa informó que el señor **Robinson de Jesús Velásquez** aceptaba su responsabilidad en los hechos y cargos comunicados, indicando que se había efectuado la respectiva devolución de lo apropiado y se había reparado a la víctima, suspendiéndose el acto procesal con miras a verificar esa información.

La actuación se retomó el 24 de febrero de 2023, disponiéndose nuevamente su suspensión hasta el 17 de julio de 2023, fecha en la cual el Despacho de origen verificó el allanamiento a cargos del señor **Velásquez.** Acto seguido, se dio paso a la audiencia de individualización de la pena, en la cual la defensa del acusado solicitó que se le otorgara a su prohijado la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38G del C.P.

El 27 de noviembre de 2023, se profirió la sentencia de primera instancia, en la cual se condenó al señor **Velásquez** a la pena de 36 meses de prisión y se le denegó el acceso a la prisión domiciliaria incoada por su defensor, determinación esta que fue confutada por esa parte procesal.

4. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, se tiene que el fallador de primer nivel denegó la prisión domiciliaria del artículo 38G del C.P. por considerar que los elementos aportados eran insuficientes para soportar esa petición y por entender que la filosofía del referido instituto es concederle esa sustitución a aquellos sujetos que han descontado el 50% de la pena impuesta de manera intramural.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa de **Robinson de Jesús Velásquez** censuró el fallo de primer nivel en punto a la denegación de la domiciliaria indicando, en un primer momento de su intervención, que la argumentación efectuada por el *a quo* para denegar la sustitución deprecada contraía un defecto fáctico, por cuanto este funcionario no valoró ninguno de los elementos que fueron aportados para respaldar la respectiva solicitud, careciéndose de argumentos jurídicos para despachar desfavorablemente lo pedido.

Para el recurrente, en este caso están dados todos los requisitos que impone el canon 38G del C.P., por cuanto su prohijado ha cumplido la mitad de la condena impuesta de "*manera intramural en su residencia*", el delito por el cual fue condenado no es de los enlistados en las prohibiciones legales, no pertenece al grupo familiar de la víctima, se demostró arraigo familiar y se solicitó al Juez de Primera Instancia imponer caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales.

Por lo anterior, solicitó se revocara el fallo recurrido y se concediera a su asistido la prisión domiciliaria deprecada.

6. LOS NO RECURRENTES

Los sujetos no recurrentes, guardaron silencio en el traslado que se efectuó para que se pronunciaran respecto a las censuras de la defensora.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, Ant. debido a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión al punto central de impugnación y las cuestiones inescindibles a ello.

7.2. Problema jurídico

Observando la decisión de primera instancia y el escrito de apelación presentado por la defensa de **Robinson de Jesús**

Velásquez, observa la Sala que debe abordar este primer problema jurídico:

- ¿Existió una adecuada fundamentación de la decisión adoptada por el funcionario de primera instancia para denegar la petición de la defensa?

En caso de ser positiva la respuesta a ese interrogante, esta Magistratura deberá ocuparse de la subsiguiente cuestión, la cual es de este tenor literal:

- ¿Es viable otorgar la prisión domiciliaria del canon 38G del C.P. a una persona que no ha cumplido con medida de aseguramiento privativa de la libertad en detención intramuros?

Para una mejor estructura lógica de la decisión, la Sala abordará cada problema jurídico en particular.

7.2.1. ¿Existió una adecuada fundamentación de la decisión adoptada por el Funcionario de primera instancia para denegar la petición de la defensa?

Los jueces penales tienen la obligación, entre otras, de argumentar sus decisiones, esto es fundamentarlas o motivarlas en debida forma, de conformidad con los hechos establecidos y

las normas referentes a las peticiones elevadas, tal y como lo consagra artículo 162 de la Ley 906 de 2004[1].

La Corte Constitucional ha establecido que el deber de los jueces de motivar adecuadamente sus providencias irradia la esfera de las garantías fundamentales, en tanto se convierte en un derecho para las partes cobijadas con tales decisiones el conocer los argumentos y razones jurídicas que tuvo el funcionario judicial al resolver su petición de acuerdo a la interpretación de las normas que se proponen por la parte. Es decir, los jueces están en la obligación de hacer un ejercicio interpretativo calificado mediante el cual analice el alcance normativo de cara a los mandatos superiores y al caso concreto[2].

Entonces, una de las aristas del debido proceso y del derecho de defensa, es la obligación perentoria que tienen los funcionarios judiciales de fundamentar sus decisiones de fondo en forma adecuada, clara, precisa y suficiente de acuerdo a los hechos demostrados y las normas aplicables al caso, siendo también necesario que tales pronunciamientos guarden un parámetro mínimo de racionalidad lógica, para que, en últimas, sean comprensibles y puedan ser atacados mediante los respectivos recursos por las partes que se consideren afectadas.

---

[1] "Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos: … 4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.

5. Decisión adoptada.

6. Si hubiere división de criterios la expresión de los fundamentos del disenso. …"

[2] Sentencia T-214 de 2012

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el cumplimiento de dicha exigencia por parte de los operadores judiciales es fundamental para determinar la validez de la decisión, so pena de poner en riesgo garantías fundamentales tales como el debido proceso y el derecho de defensa.

Ha dicho la Corporación:

> "…
> De lo anterior se desprende como carga del operador jurídico, no solo en la sentencia, sino en las providencias que resuelvan aspectos sustanciales, referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido del pronunciamiento.
>
> El numeral 4° del artículo 170 de la Ley 600 de 2000 (Decreto Ley 2700 de 1991, artículo 180) señala que en toda sentencia debe hacerse un análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en la que el juez ha de fundar su decisión, mandato que constituye reiteración de las fuentes Constitucional y Estatutaria de las que dimana la obligación a cargo del fallador de motivar adecuadamente sus decisiones.
>
> Ahora bien, cuando en casación se aspira a quebrar el fallo por la trasgresión del debido proceso a consecuencia de vicios en la fundamentación de la sentencia, al recurrente le corresponde precisar qué aspectos de la apelación, o cuáles inescindiblemente vinculados a ésta, no resolvió el superior jerárquico, y si tales defectos ocurrieron a consecuencia de alguna de las siguientes

situaciones decantadas por la jurisprudencia[3] como causa enervante por falta de motivación de la sentencia:

1) **Ausencia absoluta de motivación**, que se presenta cuando el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos lógico jurídicos en los cuales sustenta su decisión;

2) **Motivación incompleta o deficiente**, la cual se configura al omitir el juzgador el análisis de alguno de aquellos dos aspectos, o porque los motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que se sustenta el fallo, o porque se dejan de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto;

3) **Motivación ambivalente o dilógica,** que se presenta cuando el juez incurre en contradicciones en la parte motiva que impiden desentrañar el verdadero sentido de la sentencia o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutiva; y

4) **Motivación falsa o sofística**, la cual tiene lugar cuando a través de una valoración incompleta o deformada de la prueba se construye una realidad diferente al *factum*, el juez se aparta abiertamente de la verdad probada, para llegar así a conclusiones abiertamente equívocas…"[4] –Resaltos intencionales de la Sala-

Lo anterior permite entender, sin lugar a equívocos, que cuando el funcionario judicial omite motivar adecuada y coherentemente sus decisiones, no solo falta a sus deberes, sino que afecta garantías de las partes e intervinientes y por ende atenta contra

[3] Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Proceso N° 24.011
[4] Sentencia emitida dentro del radicado 24108 de 2007.

el debido proceso; pues esa omisión en la que incurre constituye un vicio insubsanable dentro del trámite del proceso a su cargo.

Análisis del caso concreto

Dentro de la estructuración de su recurso, el abogado del señor **Velásquez** efectuó una vehemente queja sobre la ausencia de fundamentación en que incurrió el *a quo* al denegar a su prohijado el acceso a la prisión domiciliaria sin hacer un análisis de los elementos aportados en la audiencia de individualización de la pena, lo que se traducía en un defecto fáctico de la decisión.

Analizando, entonces, la decisión de primer nivel de cara a los planteamientos que realiza el apelante, encuentra la Sala que la argumentación entregada por el funcionario es suficiente para la denegación del beneficio impetrado.

No puede predicarse la existencia de un defecto fáctico, en los términos enunciados por el censor, por cuanto no se hacía necesario valorar elementos para el cumplimiento de requisitos subjetivos previo a la valoración del acatamiento de las pautas objetivas que gobiernan el acceso a esa sustitución.

Nótese como la argumentación del funcionario de primer nivel, tuvo como eje el incumplimiento de un requisito de carácter objetivo, siendo ello el primer paso para evaluar la prosperidad de la petición y para lo cual no era necesario verificar los documentos aportados por el defensor, siendo suficientes las razones otorgadas por el *a quo* para denegar la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria.

Por ese preciso motivo, no prospera la censura en este aspecto

7.2.2. ¿Es viable otorgar la prisión domiciliaria del canon 38G del C.P. a una persona que no ha cumplido con medida de aseguramiento privativa de la libertad en detención intramuros?

El articulo 38G de la Ley 599 de 2000, enlistó unos requisitos a tener en cuenta con miras a la concesión del beneficio de la sustitución de la prisión intramural, por domiciliaria, a saber:

> Artículo 38G: La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado **cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código**, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades

> terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado. –negrillas de la Sala –

Así, el anterior artículo contempla la existencia varios requisitos para acceder al beneficio.

En primer lugar, se tiene que el canon en comento hace remisión al artículo 38B, en lo que atiene a que el acusado tenga un arraigo familiar que debe ser acreditado por el sujeto que pretende ser acreedor al beneficio.

Ahora bien, las obligaciones establecidas en el numeral 4 *ídem*, son un requisito a futuro que se garantiza mediante la referida caución y que por lo mismo en caso de incumplirse ya no afectan la concesión del beneficio en la sentencia, sino que implican su revocatoria, por ejemplo, el hecho de garantizar el pago de los perjuicios impuestos en la sentencia del incidente de reparación integral, es una condición que inescindiblemente debe cumplirse para que permanezca el beneficio concedido es necesario que a saber, salvo que haya imposibilidad acreditada de ello.

También en el artículo 38 G se traen otros requisitos y que se refieren a que el sujeto que pretende acceder a esa sustitución haya cumplido el 50% de la condena impuesta y que esta no sea por uno de los punibles taxativamente señalados en la norma, siendo menester aclarar que en este segundo *ítem* de verificación nada tiene que ver el listado del artículo 68A de esa normativa.

El análisis del acatamiento de estos requisitos debe hacerse de manera armónica con la ley, esto es, observando el rol que tal precepto cumple al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, la Ley 599 de 2000 convino que la pena de prisión intramural es una pena de naturaleza principal y preferente que, previo al cumplimiento de ciertos requisitos, puede ser sustituida por la de prisión domiciliaria.

De conformidad con la RAE el verbo sustituir refiere a "*Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa*"[5], acepción que permite establecer una interpretación gramatical de la norma en comento y que se otorga desde el mismo canon 38 del C.P., entrega el sentido de que la prisión domiciliaria es el cambio de la intramural en aquellos eventos donde se dan una serie de requisitos que permiten efectuar esa variación de modalidad de purgamiento de la pena.

Dicho de otra manera, la aplicación de la prisión domiciliaria no comporta la desaparición de la prisión intramuros, sino que la

[5] https://dle.rae.es/sustituir

primera surge como reemplazo de la segunda cuando las condiciones jurídicas lo permiten, atendiendo a las distintas modalidades que contempla la norma.

Entonces, de conformidad con una interpretación sistemática entre las instituciones en comento, valido resulta afirmar que la reclusión en el lugar de domicilio no es más que una opción distinta que, por motivos de política penitenciaria, se abordó por el legislador para paliar la difícil situación por la que atraviesan los centros de reclusión a nivel nacional.

Lo anterior, toma mayor peso si se tiene en cuenta que, en aplicación de una interpretación histórica y teleológica de la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria, así como el nacimiento a la vida jurídica de la modalidad sustitutiva prevista en el 38G del C.P., se hizo a través de la Ley 1709 de 2014, que tuvo como objeto generar unas modificaciones legislativas con miras a paliar la difícil situación carcelaria y buscar una salida más acorde a ella, pero nunca la anulación de la pena de prisión o la aplicación preferente de la modalidad domiciliaria.

Ello se torna aún más claro si se tiene en cuenta que la única modificación que se hizo a ese artículo lo fue la introducida por la Ley 2014 de 2019, cuyo aporte fue la introducción de un parágrafo que regula el beneficio en los eventos de condenas respecto a delitos contra la administración pública.

Así, si se conviene que la prisión domiciliaria es sustitutiva de la intramural, forzoso resulta afirmar que para que se dé aplicabilidad a la sustitución en los términos del canon 38G del

C.P., es en absoluto necesario que el sujeto haya descontado un 50% de la pena en virtud de una medida de aseguramiento ejecutada en modalidad intramural, pues de otorgarse a aquellos sujetos que venían privados de la libertad en su lugar de domicilio, se estaría desfigurando el espíritu de la institución y no existiría una real sustitución en los precisos términos que se han venido indicando.

Análisis del caso concreto

Analizando el caso de marras, se tiene que el señor **Robinson de Jesús Velásquez** fue capturado por la comisión de los delitos de hurto calificado y agravado y uso de insignias y uniformes, siendo gravado con medida de aseguramiento restrictiva de la libertad desde el pasado 15 de diciembre de 2021.

El 27 de noviembre de 2023 y en virtud de la aceptación unilateral de los cargos formulados, el señor **Velásquez** fue condenado a la pena de 36 meses de prisión, solicitándose por su abogado el otorgamiento de la prisión domiciliaria del articulo 38G del código penal por haber cumplido su prohijado con el 50% de la pena impuesta, así como el lleno de los otros requisitos allí previstos.

Tal petición fue denegada por el juez de primer nivel, por considerar que no era viable su otorgamiento a personas que no hubiesen purgado la mitad de la pena en modalidad intramuros, siendo recurrida la decisión por el abogado.

Pues bien, observa la Sala que en el presente asunto el señor Velásquez si ha ejecutado el 50% de la pena que le fue impuesta en la sentencia recurrida; no obstante, no hay lugar a dar aplicación al sustituto deprecado por cuanto ese cumplimiento parcial de la pena de prisión se hizo en su lugar de domicilio, lo que de facto impide establecer la viabilidad del mecanismo sustitutivo.

El hecho de que se haya purgado el 50% de la pena en su domicilio, es una talanquera insalvable para acceder a la prisión domiciliaria del 38G, pues ello desfiguraría la razón de ser de la figura, que no es más que el cambio de sitio de reclusión del sentenciado de centro penitenciario por el de su lugar de habitación.

No es de recibo, entonces, que se haya planteado que este sujeto estuvo privado de la libertad de forma intramural en su casa, pues ello denota una abierta confusión por parte del abogado entre las 2 modalidades de purgamiento de la pena, estando reservada la definición de intramural solo para aquellos eventos en que la medida de aseguramiento se realiza en un centro previsto para ello y no, como ocurrió en este caso, en el sitio de domicilio del acusado.

Así las cosas, para la Sala Mayoritaria no queda duda que no hay lugar a despachar favorablemente la petición de la defensa, siendo lo pertinente la confirmación del fallo recurrido en punto a la denegación de la sustitución de prisión por domiciliaria en los términos del artículo 38G de la Ley 599 de 2000.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

7. RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia del 27 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, Ant., por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: La presente decisión es susceptible del recurso extraordinario de casación en los términos de ley. En firme, devuélvase el proceso al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado
(Con salvamento de voto)

SALVAMENTO DE VOTO

Medellín, 20 de agosto de 2024.

DOCTORES:
LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO Y
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA.

Señores sujetos procesales e intervinientes.

Como bien se ha descrito en la sentencia, me correspondió hacer la ponencia inicial que concedía la prisión domiciliaria, ella no fue compartida y en consecuencia el proceso pasó al primer revisor el Dr. CERÓN ERASO. A continuación allego lo fundamental de mi ponencia inicial que considero es la solución correcta para el caso:

"El problema jurídico que conlleva a acometer el estudio del caso frente a la inconformidad de la defensa, se refiere a no haberse concedido la prisión domiciliaria de que trata el Art. 38G del Código Penal, toda vez que, su defendido ya había descontado más de la mitad de la pena.

Para resolver el asunto sometido a estudio, hay que precisar que el Art. 38G del Código Penal, señala:

> ***"La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código…)***

A su vez, el Art. 38B del Código Penal, en sus numerales 3 y 4 señala como requisitos:

> ***"Artículo 38B.*** *Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:*
> ***(…)***
>
> ***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."*

Así entonces, conforme a lo evidenciado en el expediente, comencemos por analizar si se reúnen o no los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria al señor Robinson de Jesús Velásquez y posteriormente, determinar si fue acertada o no la decisión del A quo de negar la misma.

Conforme se evidencia en el expediente, el señor Robinson de Jesús Velásquez fue capturado el 14 de diciembre de 2021; al día siguiente se legalizó su captura y se le impuso media de aseguramiento de detención preventiva en su residencia. No hay prueba alguna que haya incumplido hasta el momento con la medida que le fue impuesta, por manera que, para la fecha actual, esto es, 14 de febrero de 2024, lleva descontados veintisiete meses de los 36 que le fueron impuestos.

Para el 27 de noviembre de 2023, fecha de la sentencia, el señor Velásquez llevaba descontados 23 meses y 17 días, es decir, ya había superado con amplitud la mitad de la pena que equivale a 18 meses, por manera que ese requisito objetivo se encontraba superado. Ahora, frente al arraigo familiar y social, el defensor aportó elementos como certificado de matrícula de Ingeniería civil en la Universidad Remington, para el período 2022-1, el cual había sido cancelado antes de su captura; cuenta bancaria y contrato de arrendamiento donde vivía hacía más de tres años en la calle 64A No. 106-151, Interior 104. También aportó registro civil de sus hijos menores de edad, por manera que efectivamente acreditó los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, aunado a que los delitos por los cuales era condenado no se encontraba dentro de las prohibiciones legales para acceder a la misma.

Ahora, como argumento lacónico del juez de instancia para negar la prisión domiciliaria, fue que el objetivo de la norma era que al menos se descontara el 50% de prisión intramural y, en este caso ello no había ocurrido, pues no se podía sustituir domiciliaria por domiciliaria, argumento que para (mi) resulta desacertado e incluso, atentatorio de los derechos y garantías fundamentales del procesado, pues en todo caso, se encontraba en detención preventiva cumpliendo la medida de aseguramiento que le fue impuesta por el juez de control de garantías en su momento, y si bien considero.., acorde a los hechos acaecidos que fue una medida muy benigna, lo cierto es que procesado estuvo detenido cumpliendo la medida de aseguramiento, que así fuera domiciliaria, de todas maneras era una privación de la libertad.

Así mismo, tenemos que la norma establecida en el Art. 38G señala como requisito para gozar de la prisión domiciliaria que se haya cumplido la mitad de la pena, sin que indique expresamente que la misma tuviera que cumplirse de manera intramural, simplemente que haya cumplido ese monto mínimo del 50%, de tal manera que en este caso, claro resulta que el señor Robinson de Jesús Velásquez tenía derecho a que el juez otorgara el sustituto porque al momento de emitirse la sentencia ya cumplía con el requisito objetivo exigido, como era precisamente haber purgado la mitad de la pena, los delitos ór los que fue condenado no se encuentran enlistados en la norma y sólo era verificar el arraigo familiar y social e imponer una caución para garantizar las obligaciones del ordinal 4° del Art. 38B del Código Penal.

Ahora, podríamos decir que el análisis del cumplimento de esos requisitos estarían a cargo del juez de ejecución de penas, pero no existe impedimento para que ese análisis sea efectuado por el juzgador, ya que el Art. 37 del Código Penal en su numeral 3° establece que, en caso de condena, el tiempo que ha permanecido en detención preventiva se reputará como parte cumplida de la pena.

En un asunto similar, la Corte Suprema de Justicia precisó.

> *"…Es decir, cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el artículo 38G penal, no es dable negarla con fundamento en las exclusiones consignadas en el artículo 68A del mismo estatuto, sino que deberá ceñirse a las condiciones y prohibiciones que para el mismo beneficio impone la propia norma.*

Al respecto, el artículo 38G del estatuto penal sustancial, que fue adicionado mediante el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014, dispone:

> ***ARTÍCULO 38G.*** *La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código.*

Entonces, a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal.

Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria.

4. Advertido lo anterior, aparece que CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA, fue condenado a la pena principal de 97 meses de prisión, multa de 20 salarios mínimos

legales mensuales vigentes a favor de la Dirección Nacional de Estupefacientes, como coautor de los delitos de conservación y financiación de plantaciones, y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descritos en los artículos 375, inciso 2, y 376, inciso 2, del Código Penal, conductas que no fueron excluidas por el artículo 38G, es decir, por las mismas procedía el estudio de factibilidad de la prisión domiciliaria incoado bajo tal norma, la cual se dejó de aplicar.

Adicionalmente no podía aducirse su improcedencia en virtud del artículo 68A, inciso 2, del Código Penal, ya que por mandato legal no aplica cuando el instituto de la prisión domiciliaria se depreca en virtud del tiempo de ejecución de la intramural descrita en el artículo 38G. Razón por la cual, los falladores de primer y segundo grado al denegarlo aplicaron indebidamente éste precepto.

4. Luego, le asiste razón al censor cuando denunció la violación directa de la ley sustancial en las sentencias, y por consiguiente se procede a analizar la procedencia del sustituto incoado."[6] *."*

Con toda consideración y aprecio por mis compañeros de Sala, pienso que la solución mayoritaria es extremadamente exegética y anti pro homine y anti pro libertatis, al fin de cuentas el imputado tenía una medida restrictiva de su libertad, estaba a órdenes de la Administración de justicia, se sabe que la medida de aseguramiento de detención preventiva, mural o domiciliaria, se computa para fines del cumplimiento de la pena, con esa misma lógica se tendría que analizar este caso, la restricción de la libertad del imputado debe tenerse en cuenta para todos los efectos punitivos, en estos casos, entre una solución que sea menos lesiva a los intereses del condenado y además que cumpla con los fines establecidos para las penas, aunado a la alternativa de ser una mejor manera arreglo de este conflicto penal, opté por la propuesta presentada. No se entiende cómo para el cumplimiento de la pena se computa lo cumplido en detención preventiva, artículo 37 numeral 3 del Código Penal, sin distinguir si es domiciliaria o intramural, pero no se computa para efectos de prisión domiciliaria, creo que el razonamiento debe ser distinto, si se puede lo más que es el descuento de pena, que tiene incluso la posibilidad de extinguirla, para la prisión domiciliara debe tener los mismos efectos.

Mírese como, con la interpretación mayoritaria, en realidad, el condenado tendría que pagar más de la pena impuesta, lo que es absurdo. En efecto, el señor RÓBINSON VELÁZQUEZ lleva en este momento alrededor de 32 meses de detención preventiva,

[6] *CSJ SP1207-2017, Radicado 45900 01-02-2017 MP. Luis Guillermo Salazar Otero*

consecuente con lo sostenido en la ponencia, para obtener el subrogado debería purgar mínimo 18 meses de prisión efectiva intramural, es decir que la pena sobrepasaría la impuesta que es de 36 meses pues tendría que pagar mínimo 48, para obtener la prisión domiciliara y mucho más tiempo para que le concedan otra clase de subrogados, en mi criterio, tal modo de pensar impone un abuso del derecho con una evidente injusticia sufrida por el condenado.

Sin otro particular,

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Oscar Bustamante Hernandez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

Ricardo De La Pava Marulanda

Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **36bc49b3018b8ddf1366a7bbbcbe5bbad8c2e52e5d124afb232b71caef3e9077**

Documento generado en 20/08/2024 02:25:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica