



## **SALA PENAL**

Magistrado Ponente:

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Acusatorio anticipado: 2021-16863

Aprobado mediante acta 093

Medellín, junio nueve (9) de dos mil veintitrés (2023)

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa de **Cristian Camilo Herrera Álvarez** contra la sentencia dictada el 14 de marzo del presente año por el Juez Veintiuno Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual se le condenó como autor de tentativa de homicidio simple.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La sentencia.**

En audiencia de formulación de imputación realizada el 12 de diciembre del año pasado, el señor **Cristian Camilo Herrera Álvarez** aceptó el cargo de tentativa de homicidio simple (arts. 27 y 103 del CP) que le fue atribuido por la fiscalía 111

seccional, conforme a los siguientes hechos relacionados en la sentencia:

“Ocurren el 17 de octubre del 2021, entre 8 y 8:30 a.m. dentro del inmueble ubicado en la carrera 89 nro. 38-18, apto 301 barrio Cristóbal de Medellín, allí se encontraban departiendo varios amigos, luego de una noche de fiesta, entre estos LAURA CIFUENTES SAN CLEMENTE, propietaria de esta residencia, JOSE ARLEY TORRES MONSALVE (víctima) y compañero permanente de LAURA, SARA RENDON ROLDAN, MILTON OSWALDO QUINTERO, ANDERSON ALEXIS QUINTERO y CRISTIAN CAMILO HERRERA, se presenta una discusión entre CRISTIAN CAMILO y JOSE ARLEY, en medio de esta CRISTIAN CAMILO agrede de palabra y hecho a JOSE ARLEY, esgrime un cuchillo y se lo clava en el ojo izquierdo a JOSE ARLEY, luego se lo saca y le hace un lance a la cabeza causándole una pequeña lesión en la región frontal derecha y otra en el cuello de CRISTIAN. El lesionado es llevado a un centro médico y atendido posteriormente en la clínica CES, donde diagnostican perdida visión del ojo izquierdo y que dichas lesiones pusieron en peligro de muerte a la víctima. Reposa Estudio neurológico que describe entre otros hallazgos de que la herida fue penetrante y fractura de la pared posterolateral de la órbita y laceración en el lóbulo temporal izquierdo”.

El 14 de marzo posterior, en atención a que el Juez de conocimiento verificó la existencia de *“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*, conforme lo exige el artículo 327 inciso final del Código Penal, y no advirtió trasgresión de alguno de los derechos fundamentales del procesado, profirió sentencia, en la cual se le condenó a cincuenta y dos (52) meses de prisión y, en igual término, a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Para la dosificación de la pena se tuvieron en cuenta los siguientes pasos: (i) se partió de la sanción mínima de ciento cuatro (104) meses, en atención a que no se endilgaron circunstancias de mayor punibilidad y concurría una de menor por la carencia de antecedentes penales (art. 55 # 1 del CP), y porque la gravedad y modalidad de la conducta cometida no desbordaba la propia de la infracción y, (ii) se concedió la rebaja del 50 % de la pena impuesta por el allanamiento.

En lo que es objeto de discusión, se dispuso el cumplimiento de la privación de la libertad en un centro carcelario ya que no tenía derecho a la suspensión de la ejecución prevista en el artículo 63 del Código Penal, pues la pena impuesta superaba los cuatro años, y se le negó también la prisión domiciliaria, debido a que el legislador estableció un mínimo legal de 8 años para su concesión.

## **2. La apelación.**

El defensor interpuso recurso de apelación, con la finalidad de que se modifique la decisión concediéndose la prisión domiciliaria.

Criticó la sentencia al parecerle equivocada por hacer un análisis tan restrictivo respecto del sustituto, al argumentar que para acceder al mismo se tiene que tener en cuenta la pena mínima del delito, pero, contrario a ello, lo que se ha entendido jurisprudencialmente, es que la directriz "*es la pena real por la cual queda condenado el procesado*".

Considera que la condena de 52 meses es menor a los 8 años exigidos por la Ley, por lo que el joven Cristian Camilo reúne todos los requisitos para acceder a la sustitución de la pena de prisión en su domicilio, pues además no existe norma que se lo impida (arts. 38B y 68A del CP), resaltando que tampoco estaba de acuerdo con la determinación de emitir orden de captura contra el condenado, pues debió tenerse en cuenta sus circunstancias personales, pues en todo momento ha estado atento a los requerimientos de la justicia, ya que siempre ha demostrado interés en el proceso y aceptó unilateralmente la imputación, y la emisión de la orden de aprehensión, conforme a lo establecido por el art. 450 del CPP, pudo hacerse extensiva hasta que la sentencia quedara en firme, pues el término "PODRÁ" da esa opción al funcionario en un análisis menos restrictivo, explicó.

Adujo que el procesado está dispuesto a enfrentar la sentencia, pero las consecuencias nocivas de la emisión de la orden de captura, le van a *"enrarecer todo su entorno social, familiar y laboral, pues va renunciar a su trabajo en PepsiCo, para evitar una situación embarazosa que le acarrearían muy posiblemente circunstancias adversas para su seguridad y el respeto de sus derechos fundamentales de un lado y de otro"*, teniendo en cuenta las graves situaciones de hacinamiento y de violación de los derechos humanos que se viven en los centros de reclusión, solicitando para *"resguardar los derechos humanos del procesado, al ser un ciudadano alejado de la criminalidad, sería una recomendación del despacho (como ya lo hizo), que no sea recluido en las cárceles del perímetro del circuito de Medellín"*, sino en un municipio cercano a esta ciudad.

Transcribió una decisión del Tribunal Superior de Tunja, en la que se indicó que *"En materia de preacuerdos la pena que debe tenerse en cuenta para analizar la concesión de la prisión domiciliaria es la de la conducta punible pactada en las negociaciones y no la formulada en la audiencia de imputación o acusación..."*, mientras que la Corte Suprema de Justicia, en decisión "45736 del 24-02-2016", explicó que *"... la pena que debe tenerse en cuenta para analizar la concesión de la prisión domiciliaria es la de la conducta punible pactada en las negociaciones y no la formulada en la audiencia de imputación o acusación"*.

Explicó que, los documentos que introdujo en el traslado del artículo 447 del CPP, el Juez los avaló en parte, pero consideró finalmente que son insuficientes para demostrar la petición de la sustitución de la pena por la prisión domiciliaria, aludiendo a *"nuevos documentos que demuestran que Herrera Álvarez, "SI ES UN SOBRINO RESPONSABLE"*, los cuales relacionó, anexando varias declaraciones extraproceso y certificados.

Solicitó, entonces, se aprecien los hechos y la grave consecuencia jurídica y personal que pesa en contra del procesado, considerando reúne los requisitos para acceder a la sustitución de la pena de prisión por la domiciliaria, *"pues se cumplen todos los requisitos de ley, en favor de CRISTIAN CAMILO HERRERA ALVAREZ, conforme al artículo 38B del CPP. fallo emitido por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín, que al final de los análisis, objetivamente y subjetivamente permiten al procesado a ser beneficiado con la pena Sustitutiva de la Prisión Domiciliaria con derecho a*

*trabajar, pues todo indica la no necesidad de tratamiento penitenciario”.*

### **3. No recurrente.**

El apoderado de la víctima solicitó se confirme la sentencia.

Resaltó que en este caso la víctima estuvo a puertas de fallecer, que el joven José Arley Torres Monsalve es un ingeniero civil que no podrá ejercer su carrera, ni podrá conducir el metro de Medellín nunca más (profesión que ejerció durante varios años), ya que perdió completamente su visión por el ojo izquierdo y debido a las lesiones causadas perdió parte de la capacidad cerebral.

Llamó la atención en que traía a colación la historia del joven Torres Monsalve, porque la legislación protege de manera directa a las víctimas y uno de los fines de la pena es la retribución justa, como también la reinserción social para el condenado, que en este caso se realizara de manera correcta y acertada en establecimiento penitenciario.

## **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico que nos corresponde resolver reside en establecer si resultaba procedente el otorgamiento de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 del Código Penal, y cuya negativa es reprochada por su defensor esencialmente por el reconocimiento final de una pena inferior a la exigida, superando con ello el requisito objetivo de “*Que la sentencia*

*se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos” que dispone el canon 38B de la misma norma.*

No es objeto de discusión que el delito de homicidio en su modalidad tentada conlleva una pena de prisión de 104 a 337,5 meses, es decir de 8 años y 8 meses a 28 años, 1 mes y 15 días, conforme lo determinan los artículos 27 y 103 del Código Penal.

Con esta información principal, no obstante la falta de claridad en la sustentación de la apelación, entendemos que la censura principal se centra en que la pena finalmente impuesta con base en la rebaja por el allanamiento, fue de 4 años y 4 meses de prisión, con lo que le parece al defensor se cumple el requisito objetivo para acceder a la prisión domiciliaria, pero el planteamiento es equivocado.

El cargo es desacertado y tiene origen en un indebido entendimiento de circunstancias que son idóneas para afectar la ley y otras, de naturaleza sustantiva o procesal, que afectan la pena individualizada.

La pena mínima prevista en la ley para la conducta punible atribuida y aceptada es de 8 años y 8 meses, y ninguna modificación a los extremos punitivos puede entenderse fue realizada, porque el allanamiento a los cargos, como circunstancia procesal posdelictual solo está prevista para afectar la pena de prisión definida en el resultado dosimétrico. Entonces no se satisface el primero de los requisitos que establece el artículo 38B del Código Penal para la concesión

de la prisión domiciliaria, alusivo a que se debe proceder, como ya advertimos, por *“conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”*<sup>1</sup>.

Diferente a lo sostenido por el apelante, en este caso, no hubo ningún tipo de negociación que originara el reconocimiento de circunstancias modificadoras por haberse acreditado un mínimo de soporte “probatorio” o que se trató de una ficción para rebajar la pena. Si este es el punto de análisis que desea introducir el defensor con base en un pronunciamiento de un tribunal del país, que, por supuesto, ante la independencia judicial no nos obliga, esta perspectiva es también equivocada. Por ejemplo, en sentencia del 6 de noviembre de 2019 (SP4860-2019, rad. 46401), respecto a esta frecuente opinión:

“También resulta improcedente la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38B, toda vez que, como fue expuesto en las instancias, la pena para el delito de homicidio simple, objeto de aceptación, supera en su mínimo 8 años de prisión, lo que descarta la procedencia del citado sustituto en atención al factor objetivo, siendo necesario señalar que la circunstancia de exceso en la legítima defensa fue reconocida para efectos estrictamente punitivos”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Numeral 1 del artículo 38B del Código Penal.

<sup>2</sup> CASO: “En audiencia del 25 de septiembre de 2014, el juzgador aprobó el preacuerdo presentado por la Fiscalía, en virtud del cual CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN aceptó los cargos que fueron objeto de acusación, a cambio del reconocimiento, para efectos punitivos, de la circunstancia de exceso en la legítima defensa –artículo 32, num. 7º, inc. 2º, del C.P.”



Como consecuencia, la decisión de la primera instancia resulta correcta.

De manera tangencial y sin ningún desarrollo concreto, el defensor enunció su discordancia con otros dos aspectos que apuntan, primero, a la entrega de una documentación en el traslado del artículo 447 del CPP, para la sustitución de la pena por la prisión domiciliaria, aludiendo a "*nuevos documentos que demuestran que Herrera Álvarez, "SI ES UN SOBRINO RESPONSABLE"*", los cuales relacionó y anexó y, segundo, que tampoco estaba de acuerdo con la determinación de emitir orden de captura contra el condenado, sin estar ejecutoriada la decisión.

En ninguno de los planteamientos tiene razón el recurrente.

En relación con el primero, hemos dicho que la segunda instancia no constituye una nueva oportunidad para aportar pruebas novedosas que no fueron analizadas por el Juez de primera instancia, puesto que con ello se afectaría el debido proceso y la posibilidad de contradicción de la parte adversa e intervinientes, por lo que debemos concluir que no resulta viable el estudio de las declaraciones extraproceso y otros elementos que fueron aportados con el recurso, como para entender demostrados los requisitos de una condición de padre cabeza de familia, que tampoco fue solicitada de manera concreta su revisión ante esta instancia. Lo anterior sin perjuicio de que sean aportados y analizados ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En cuanto al segundo aspecto, consideramos que es de obligatorio cumplimiento el análisis que debe realizar el Juez acerca de si resulta procedente o no la orden de la privación de la libertad, cuando se profiere un sentido de fallo de condena, y en este caso, aunque no se hizo mayor argumentación en ese sentido, el Juez así lo consideró. Como se explicó en precedencia, ninguno de los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento era viable y, en esas condiciones la captura debía ser ordenada de manera inmediata, conforme lo dispone el artículo 450 de la Ley 906 de 2004:

“Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.”<sup>3</sup>

Por las anteriores razones, se conservará la decisión apelada.

---

<sup>3</sup> Sentencia de tutela del 26 de noviembre de 2015, con ponencia del doctor Luis Guillermo Salazar Otero. STP16383-2015.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

### **FALLA**

Confirmar la sentencia que por apelación se revisa. Infórmese que contra la presente decisión procede el recurso de casación. Cítese a audiencia para su notificación.

### **CÓPIESE Y CÚMPLASE**

Los magistrados,



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**



**MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**



**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**