

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

SENTENCIA PENAL No. 019– 2024

Radicado: 05001 60 00206 2022 02962-2A instancia

PROCESADO:	MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA
DELITO:	FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO
ORIGEN:	JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO BELLO
ASUNTO:	APELACIÓN DE SENTENCIA
DECISIÓN:	CONFIRMA
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 46)

(Sesión del veintitrés (23) de abril de dos mil veinticuatro (2024))

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Fecha lectura.

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA**, contra la sentencia, vía preacuerdo, proferida por la Juez Primera Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el 5 de octubre de 2022, mediante la cual lo condenó como autor responsable del delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO**, imponiéndole la pena principal de **54 meses de prisión**, al tiempo que le negó beneficios y subrogados penales.

1. HECHOS

Según la acusación, siendo las 21:30 horas del 6 de enero de 2022, agentes de la Policía Nacional, en labores de patrullaje, vigilancia y control, en la carrera 65 con calle 64 del barrio Paisajes de la comprensión municipal de Bello, notaron a un individuo en actitud nerviosa quien trataba de ingresar a una residencia, por lo cual lo abordaron y procedieron a hacerle un registro personal, siendo identificado como MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA, hallándole un arma de fuego, tipo revólver,

calibre 38, marca Ruger, color cromado, con cachas de pasta color negro, sin número de serie y con 6 cartuchos para el mismo, artefacto que no contaba con la documentación oficial que lo autorizara para su porte o tenencia, razón para dejar a su portador a disposición de la Fiscalía General de la Nación para su judicialización.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 7 de febrero de 2022, ante el Juez Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bello se adelantaron las audiencias preliminares, llevándose a cabo la legalización de la captura y la formulación de la imputación en contra de MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA, como presunto autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 C.P.), sin que se allanara a los cargos, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

Para el 6 de abril de 2022, la Fiscalía presentó escrito de acusación el cual le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, en donde se convocó a la audiencia de formulación de acusación, la cual se mutó a preacuerdo entre Fiscalía e imputado, así se expuso: MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA aceptó la responsabilidad penal por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, en calidad de autor y, a cambio, la Fiscalía degradaría la forma de participación de AUTOR a CÓMPLICE, fijando una pena de 54 meses de prisión.

En sesión del 4 de octubre de 2022, el Juez *a quo* decidió aprobar el preacuerdo, llevándose a cabo las previsiones del artículo 447 del C.P.P., donde la Fiscalía recalcó que por el delito por el cual se procesa y condena al imputado, no procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la prisión domiciliaria. Por su parte, el defensor solicitó se le concediera la prisión domiciliaria a su prohijado en los términos del artículo 38B del C.P., reclamando que el Juez debía realizar un control difuso de constitucionalidad respecto de los requisitos de procedencia en

atención al estado de cosas inconstitucionales en los establecimientos carcelarios y para que, conforme al informe de trabajadora social, no corra riesgo la vida y salud de aquel.

3. LA SENTENCIA

El 5 de octubre de 2022, el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, dictó sentencia condenatoria en contra de MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA, argumentando que en la actuación existen elementos materiales de prueba e información legalmente obtenida, los cuales consideró suficientes para afirmar, sin duda alguna, que los hechos imputados existieron de conformidad con los presupuestos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, de manera que no sólo es la manifestación de voluntad acordada de aceptar los cargos lo que permite inferir la existencia de una conducta delictiva, sino que existió el mínimo probatorio de la autoría de los delitos de FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES, sin que a su favor se observe causal de ausencia de responsabilidad.

Consideró que estaba acreditada debidamente la conducta punible y, en efecto, se imponen las consecuencias jurídicas que correspondan con base en el acuerdo que celebraron las partes, en el cual el beneficio que obtendría el acusado, como consecuencia de la aceptación de cargos, es la degradación de la participación de autor a cómplice y, pactándose una pena de 54 meses de prisión, sin acuerdo frente a subrogados penales.

El *a quo* impuso la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena principal (Inciso 3º del artículo 52 del C. P.) y ordenó la destrucción del arma incautada.

Con relación a la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, razonó que no procede porque la sanción a imponer supera los cuarenta y ocho (48) meses

de prisión; es decir, no se cumple con el factor objetivo y, al no superarse el primer requisito establecido en el artículo 63 del Código Penal, se debe negar el acceso a ese beneficio, sin que sea necesario analizar las demás exigencias que consagra la norma.

De otro lado, motivó que tampoco resulta procedente conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión intramural, toda vez que el artículo 38B del C.P. establece la viabilidad de la domiciliaria cuando la pena mínima prevista para el delito sea de ocho (8) años, mientras que la jurisprudencia ha señalado que para el acceso a los subrogados o sustituciones de pena con ocasión a los preacuerdos, no se debe considerar la pena preacordada, sino la establecida para el delito, criterio que se explica con claridad en el precedente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, M.P. Francisco Acuña Vizcaya; radicado 52227 del 24 de junio de 2020, M.P. Patricia Salazar Cuellar; radicado 114112, sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2020, M.P. Eugenio Fernández Carlier, lo cual se le informó al procesado, previo a la aprobación del preacuerdo.

Indicó que, al no ser acreditada la calidad de jefe cabeza de familia y las supuestas enfermedades de su familiar, no es posible la concesión de la prisión domiciliaria.

Respecto a la situación carcelaria y el estado de cosas inconstitucional, indicó que no puede alegarse en abstracto, sino que debe existir certeza sobre la violación del derecho; asimismo, se debe demostrar la posible enfermedad o la situación de afectación psicológica del sentenciado que justifique la prisión domiciliaria.

Finalmente lo declaró penalmente responsable, mediante sentencia anticipada, del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, imponiéndole la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, así como las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. No le concedió la

suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, pero puso de presente que se le tendría como parte cumplida de la pena el tiempo que lleva privado de la libertad en detención preventiva.

4. DE LA APELACIÓN

El defensor de MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA sustentó la apelación alegando que el Juzgado de primer grado debió realizar un análisis más riguroso de la situación del sentenciado, tomando en cuenta la precaria situación en los establecimientos penitenciarios a cargo del INPEC, donde su vida e integridad personal podrían estar en peligro debido a "antecedentes de suicidio", destacando la falta de capacidad del Estado colombiano para garantizar un acompañamiento permanente a personas con problemas psicológicos en prisión, lo que va en contra de su dignidad personal.

Además, plantea que al analizar los requisitos del artículo 38B del C.P. se pudo haber realizado un control difuso de constitucionalidad e inaplicar única y exclusivamente el numeral 1º, para así, con el cumplimiento de las restantes exigencias, el penado se pueda resocializar en su domicilio, acompañado de su pareja sentimental, quien estaría dispuesta a brindar el apoyo necesario. Por lo anterior, solicita revocar la decisión adoptada por la primera instancia mediante el cual se negó la prisión domiciliaria a su representado.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para desatar el recurso propuesto de conformidad con el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, con las limitantes del artículo 31 de la Carta Política y 20 inciso segundo de ese estatuto procesal, por ser el defensor apelante único.

En esta oportunidad cabe precisar que, en virtud del recurso de alzada, la Sala adquiere competencia solo respecto del objeto de la misma, por tanto, se ocupará

del aspecto debidamente impugnado, pues no se vislumbra afectaciones al debido proceso u otra garantía relacionada con la alzada que deba remediarse de oficio por la Corporación.

Debe ponerse de presente que, en virtud del preacuerdo, el ciudadano MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA aceptó la responsabilidad penal por la comisión del delito de FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES (artículo 365 del C.P.), cuya pena mínima establecida es de nueve (9) años o ciento ocho (108) meses de prisión y, a cambio, la Fiscalía degradó la forma de participación de AUTOR a CÓMPLICE, pactándose una pena a imponer en definitiva de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

El problema jurídico planteado por el apelante se circunscribe a establecer si para la concesión de la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria prevista en el artículo 38B del Código Penal, resulta posible realizar interpretaciones restrictivas de la norma, pues en estos términos fijó el recurrente su inconformidad.

Para la resolución del problema jurídico planteado, comencemos por indicar que la prisión domiciliaria es una forma de sustracción efectiva de la libertad de locomoción, y como bien lo indica la Corte Suprema de Justicia: "*no constituye un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad*"¹, es decir, que cuando se cumplen los requisitos que el legislador ha previsto para su procedencia, su reconocimiento no conlleva la libertad del condenado; en esa dimensión, sólo es un sustituto de la prisión intramural, en la medida que el único lineamiento particular que las diferencia es el cambio de lugar de reclusión, dado que el descuento de la pena privativa de la libertad no se va a surtir al interior de un centro reclusorio oficial, sino en el propio domicilio o residencia del condenado, siendo éste su propio carcelero.

¹ Auto del 30 de abril de 2008. Radicado 29644.

Desde ya habrá de indicarse que, para la concesión de la prisión domiciliaria al momento de la sentencia, se deben cumplir inexorablemente los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, del artículo 38B del C.P.

Los requerimientos actuales para la procedencia de la figura jurídica de la prisión domiciliaria son totalmente objetivos, y por su estirpe legal, resultan de obligatorio acatamiento en el estudio de su procedencia; de suerte que, por su taxatividad, no es dable que los funcionarios judiciales realicen interpretaciones restrictivas de la norma, más allá de lo que predica su contenido, porque en ella se encuentra inmersa una política de tratamiento sancionatorio de los condenados, que es la menos invasiva de la privación efectiva de la libertad, la cual es prevista para cierta clase de modalidades delincuenciales.

Precisado lo anterior y descendiendo al caso concreto, se tiene que el procesado en la negociación admitió su responsabilidad a cambio de que se degradara su participación de autor a cómplice y así recibir una pena inferior a la del delito imputado, reconociéndose la sanción de *cincuenta y cuatro (54) meses de prisión*, la cual se encuentra acorde al quantum punitivo del delito, como así lo estableció la juez; sin embargo, como se ha expresado, para todos los efectos distintos a la sanción, entre ellos, la concesión de beneficios y subrogados penales, se debe tomar el delito imputado más no el negociado, que en este caso es el de autor del punible de FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES

Al revisar los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, se advierte que tampoco se cumple con el primer requisito cual es que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima **prevista en la ley** sea de ocho (8) años de prisión o menos y, para el caso que nos ocupa, la pena mínima del delito de FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES es de nueve (9) años de prisión, lo cual es superior a los ocho (8) años de prisión de que trata el artículo 38B del C.P., tal como lo analizó la Juez de primera instancia; por tal motivo, considera esta judicatura que no es viable concederle este beneficio al condenado

MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA, siendo innecesario entrar a analizar los requisitos restantes.

Tampoco es posible considerar los aspectos familiares, sociales y económicos del procesado para poder otorgar la prisión domiciliaria, pues como viene de anotarse, no se cumple con el requisito objetivo consagrado en el numeral 1º del artículo 38B del C.P., por lo tanto, no se hace necesario entrar a analizar aspectos como el arraigo familiar o la intención del condenado de continuar cumpliendo la pena en su domicilio como lo ha venido haciendo.

Ahora, la jurisprudencia constitucional ha reconocido en el sistema jurídico la existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad sobre las normas jurídicas; por un lado a la Corte Constitucional, y de manera residual al Consejo de Estado, se les confía el control de constitucionalidad en abstracto, y con efectos totalizantes o "*erga omnes*", y por otro lado, el control de constitucionalidad en concreto tiene lugar para casos particulares, en desarrollo del artículo 4º de la Carta Política cuando, al momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, el servidor encargado advierte su ostensible e indudable oposición a mandatos constitucionales, por lo cual le resulta imperioso abstenerse de aplicarla.

La sentencia C-122 del 2011, ratifica que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...*". Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto, ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Dos requisitos son necesarios para la aplicación de la mencionada excepción de inconstitucionalidad: el primero, es que la norma de inferior jerarquía sea

ostensiblemente contradictoria con los mandatos constitucionales, de manera que afecte o vulnere los derechos fundamentales de alguna de las partes en el caso concreto. Y un segundo requisito que ha establecido la jurisprudencia, consistente en que no exista pronunciamiento judicial de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de legalidad por el Consejo de Estado, según el caso, sobre la norma respecto de la cual se solicita aplicar la excepción de inconstitucionalidad, y que dicho pronunciamiento sea declarando el apego de la norma a la Constitución. Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-103 de 2010:

“La excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acomodarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado.”

Aplicando lo señalado al caso concreto, encuentra la Sala que la defensa no cumplió con su deber argumentativo de establecer con la debida suficiencia cómo el numeral 1° del artículo 38B del C.P., norma de inferior jerarquía, en realidad era ostensiblemente contradictoria con los mandatos constitucionales, pues solo se ciñó a referir la preocupación por parte de la Corte Constitucional por la masiva y generalizada transgresión los derechos de las personas privadas de la libertad por las falencias del sistema carcelario, pero omite que para superar la subsistencia del estado de cosas de inconstitucionalidad el Gobierno Nacional ha adoptado medidas de carácter general ordenadas por la Corte.

Además, resulta abiertamente descompasada la tesis de inconstitucionalidad por excepción que solicita la defensa, porque pretende desconocer el querer del legislador nacional cuando en su poder de configuración normativa decidió autónomamente que, para acceder a la prisión domiciliaria del 38B del Código Penal, la sentencia condenatoria deberá recaer sobre conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.



Si el Congreso dentro de su autonomía legislativa dispuso un límite, no le es dable a los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público, modificar autónomamente esa voluntad normativa, porque ello implicaría una inaceptable intromisión en poderes públicos diferentes, desequilibrando la base estructural de la democracia que consiste en la separación y respeto en el ejercicio de las funciones legislativas, judiciales y ejecutivas, encargadas a diferentes órganos del Estado, entre los cuales simplemente debe existir colaboración armónica.

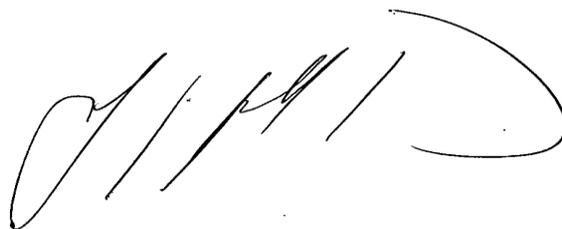
En ese orden, no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para que proceda el sustituto reclamado, tampoco se demostró que el procesado sea cabeza de hogar o que padezca de una enfermedad grave incompatible con la reclusión, por lo cual no se accederá al pedimento del señor defensor, sin perjuicio de que cuando se presente una novedad en la situación actual se puede impetrar la petición ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que haya de vigilar la pena, pues esta decisión en particular, cobra apenas ejecutoria formal y no material, es decir, que es eminentemente variable según avance el grado de conocimiento.

Así las cosas, sin necesidad de mayores consideraciones, se confirma la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, el 5 de octubre de 2022, mediante la cual condenó, al señor **MAURICIO ALEXANDER RÍOS POSADA** a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, vía preacuerdo por la conducta de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, así como la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, negando la concesión de beneficios y subrogados penales. **SEGUNDA:** Decisión discutida y aprobada por los

Magistrados que integran la Sala, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Se informa que la decisión queda notificada por estrados y procede el recurso de casación, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes (artículo 91 de la ley 1395 de 2010).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente



CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN
Magistrada



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado