



SALA PENAL

Radicado:	05-360-99-057-2017-02367
Sentenciado:	Saul Echeverry Alvarez
Delito:	Homicidio en estado de ira e intenso dolor
Asunto:	Apelación sentencia con preacuerdo
M. Ponente:	Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No.40

Medellín, veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

1. VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Saúl Echeverry Álvarez en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Itagüí, el 11 de diciembre de 2017, en cuanto denegó a su asistido la concesión de la prisión domiciliaria del artículo 38 B del Código Penal.

2. LOS HECHOS

Fueron sintetizados en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“El 18 de marzo de 2017, aproximadamente a las 10:40 de la mañana, en la calle 45 con carrera 53 del municipio de Itagüí (Ant), SAUL ECHEVERRI ALVAREZ le propinó a Luis Carlos Estrada Restrepo, cuando discutían, sendos machetazos con el propósito de cegarle la vida, lesionándole en la cara y en el brazo derecho”

3. DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

A Saúl Echeverry Álvarez le fue legalizada la captura en audiencia del 19 de marzo de 2017, y se le imputó la autoría del delito de homicidio agravado imperfecto –*Artículos 27, 103 y 104 numeral 4 del Código Penal*– cargos que no fueron aceptados por el procesado, a quien además se le impuso medida de aseguramiento en su residencia. El 25 de mayo siguiente, se realizó la audiencia de acusación en los mismos términos de la imputación.

Una vez se pretendía adelantar audiencia preparatoria el 10 de julio de 2017, la Fiscalía anunció que había llegado a un acuerdo con el procesado asistido por su defensor, en el que a cambio de la aceptación de la responsabilidad penal por el delito de tentativa de homicidio agravado se le reconocía, como contraprestación, haber actuado bajo el estado de ira o intenso dolor –artículo 57 del CP–; pactándose como pena a imponer la de sesenta (60) meses de prisión. Los términos del acuerdo fueron aceptados por el juez de instancia, quien impartió legalidad al mismo (audiencia del 11 de diciembre de 2017).

En la audiencia de individualización de pena la Fiscalía señaló que no contaba con elementos para demostrar la existencia de antecedentes penales y dejó al arbitrio del fallador la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena. Por su parte la defensa, solicitó se mantuviera para su representado la reclusión domiciliaria, señalando que sus condiciones sociales, personales y familiares obran al interior del proceso. Acotó que, como se manifestó dentro de las audiencias, su representado cambió de residencia, situación que había sido puesta de presente de manera verbal. Por lo que es el lugar en el que reside en la actualidad donde el procesado cuenta con arraigo, dado que el inmueble es de su propiedad.

4. LA SENTENCIA APELADA

En razón de la aprobación del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa, al estimar reunidos los mínimos probatorios, el Juez 1° Penal del Circuito de Itagüí declaró que Saúl Echeverry Álvarez es penalmente responsable en calidad de *“autor de la comisión de la conducta punible de homicidio agravado imperfecto prevista en los artículos 27, 103 y 104.4 del Código Penal, conforme a los términos de la negociación y los aspectos de tiempo, modo y lugar descritos en la parte motiva de esta decisión”*, imponiéndole la pena de 60 meses de prisión en correspondencia a lo acordado.

El juzgador negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena prevista en el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, como quiera que la pena impuesta —*60 meses de prisión*— supera los 4 años previstos en la norma como presupuesto objetivo para su procedencia.

Respecto a la prisión domiciliaria prevista en el artículo 23 ibídem, estimó de igual modo que era improcedente su concesión, como quiera que la primera exigencia de orden objetivo, esto es, que la pena mínima abstracta de prisión establecida en la ley no supere el tope de 8 años, no se encuentra reunida. Explica el juzgador que si bien jurisprudencialmente se ha discutido cuál será la punibilidad a tener en cuenta en los preacuerdos que incorporan el reconocimiento de institutos reductores de sanción como la marginalidad, complicidad e ira e intenso dolor, acoge en el caso concreto, la posición asumida en salvamento de voto de la sentencia 46101 de 2015 de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se refiere que la fuente jurídica que lleva la disminución de la pena en los preacuerdos es una ficción para efectos de reducir la pena y, por ende, para determinar la viabilidad de la prisión domiciliaria, se considera la pena prevista para la conducta que

realmente se cometió, posición que advierte es asumida por algunas Salas de decisión de este tribunal a las que se refiere.

4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Con la pretensión de que se le conceda a su asistido la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria de que trata el artículo 38 B del Código Penal, recurre la defensa el fallo de instancia, alegando que en el evento se encuentran reunidas las previsiones contenidas en dicha norma, por cuanto el presupuesto objetivo, contrario a lo aducido por el juez de instancia, se encuentra superado.

Estima el defensor que la decisión del juez de instancia desconoce el principio de legalidad, como quiera que las exigencias para acceder al beneficio se encuentran descritas en la norma y en el caso las de orden objetivo se encuentran superadas y el único de orden subjetivo, esto es el arraigo social y familiar, no fue analizado por el juzgador. Considera además el defensor que contraviene el juez la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia verbigracia la sentencia SP3103-2016 del 9 de marzo de 2016 M.P Eugenio Fernández Carlier, en la que se establece que en orden a analizar la procedencia de la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria debe superarse el presupuesto objetivo del tope de la pena de prisión, efecto para el cual se consideraran los dispositivos amplificadores del tipo, incluso si son reconocidos por efectos de preacuerdo, *ratio decidendi* que en su concepto es de carácter vinculante para el juez conforme lo prevé la Corte Constitucional en sentencia SU-047 de 1999.

Resalta, además, que con la decisión de negar el beneficio de la prisión domiciliaria a su representado se desconoce la naturaleza de la justicia premial, tal como lo ha precisado la misma Sala de Casación Penal en decisiones donde ha reconocido la prisión domiciliaria

(sentencia SP8666-2017), así como el principio *pro-homine* en tanto la interpretación jurídica siempre deberá ser la más favorable, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos.

Acorde con esto solicita sea revocada la decisión de primera instancia y sea concedida a Echeverry Álvarez la prisión domiciliaria, como quiera que resultan vinculantes para el a-quo los extremos punitivos del delito acordado.

6. CONSIDERACIONES

Atendiendo al carácter rogado del recurso de apelación, la Sala se limitará a revisar si los argumentos traídos por la defensa permiten variar la decisión proferida por el juez de primera instancia. Así las cosas, el problema jurídico que debe resolverse se contrae a determinar si la condición echada de menos por el juez para la concesión de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del CP, como es la pena mínima imponible por el delito por el que se procede se encuentra presente en el caso, como lo asegura el defensor, dada la variación de la punibilidad por el reconocimiento del estado de ira o intenso dolor, como contraprestación a la aceptación del cargo por el delito de tentativa de homicidio agravado.

Desde luego que lo primero que debe acotarse al respecto es que en el marco de la justicia premial, a la que se refiere el defensor en su recurso, resulta vinculante el acuerdo de voluntades entre Fiscalía, procesado y defensa que se estima acorde al orden jurídico¹; que este

¹ Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 43356 del 3 febrero de 2016:

Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías

acuerdo hace las veces de acusación; que la sentencia debe guardar congruencia con los cargos y que los jueces no reconocemos realidades en sí, sino las que procesalmente se atribuyen por el órgano en el que radica la competencia constitucional de acusar.

Pero aún más, verificada la audiencia de presentación y aprobación del acuerdo², se encuentra que al señor Saúl Echeverry Álvarez a cambio de la aceptación de la responsabilidad por el delito de tentativa de homicidio agravado, de que tratan los artículos 27, 103 y 104.4 del Código Penal, se le reconoció el estado de ira e intenso dolor y se fijó la pena de manera acordada en 60 meses de prisión, sin que se sostuviera que la modificación de la responsabilidad solo fuera para efectos punitivos, como lo entiende el juez.

En consecuencia, no solo porque así no se dispuso, sino porque los términos de la acusación acordada resultan ley del proceso, pues hace el papel de acusación, es posible entender que no se han variado los extremos punitivos.

No se trata de que los jueces no puedan apartarse de los precedentes judiciales sino que deben hacerlo con mejores razones, lo cual resulta un asunto opinable. Lo determinante para que esta Sala concuerde con la posición mayoritaria de la Corte, estriba en que en el ámbito judicial la verdad que se reconstruye es de índole procesal, pues es la única que puede ser objeto de control.

Asumir que en el caso concreto el reconocimiento de la ira o intenso dolor es una ficción, parte de una premisa indemostrada, esto es, que el homicidio no se dio así, aspecto fáctico que no puede asumirse sin

fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

² Escuchar audiencia del 10 de julio y 11 de diciembre de 2017- verificación de preacuerdo min 12:53 y ss

prueba y por fuera de la delimitación del objeto del juicio que hace la Fiscalía.

La posición disidente del Dr. Fernández Carlier, aunque respetable, así como lo expuesto por diversas Salas de este Tribunal, pierde de vista que el juez no está autorizado a reconocer realidades en sí, como si fuera un investigador científico, sino acorde al debido proceso que no solo impone que la verdad sea la procesalmente establecida, sino también que el juez no puede salirse de los marcos de la acusación, además de que prohíba una escisión irracional pues se fija la pena siguiendo el preacuerdo pero para darle el tratamiento punitivo correspondiente se desconoce, invocando una realidad demostrada como la que prevalece sobre la acordada.

En estas condiciones, dados los términos como se hizo el preacuerdo, lo dispuesto en la ley y los imperativos de congruencia que derivan del sistema de adjudicación del derecho penal, no es posible desconocer que la circunstancia atenuante de la ira o intenso dolor reconocida en virtud del preacuerdo modificó los extremos punitivos de la infracción por la que se procede, lo cual tiene definido la jurisprudencia.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 9 de marzo de 2016, radicado 45.181, M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, en el que trae como referente decisiones proferidas con anterioridad respecto el mismo asunto³, reseñó lo siguiente:

“(…)En el pronunciamiento posteriormente referencia obligada del tema, la Colegiatura hizo una síntesis de la jurisprudencia precedente y concluyó que, con relación a la exigencia objetiva aludida, «por

³ CSJ SP, 31 Ago 2005, Rad. 21720 y CSJ SP, 15 Sep 2004, Rad. 19948, reiterada en CSJ SP, 18 Nov 2008, Rad. 30539.

conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian»; entonces, el tiempo previsto por dicha norma corresponde al de la sanción mínima del delito, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad:

“En relación con las circunstancias y modalidades conductuales concurrentes, que alteran los extremos punitivos de la conducta, y deben por tanto ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta, han sido señalados, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y complicidad), las modalidades de comportamiento previstas en la parte general del código (como la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira e intenso dolor; el exceso en las causales de justificación), y las específicas de cada tipo penal en particular, que amplían o reducen su ámbito de punibilidad (como las previstas para el hurto en los artículos 241, 267 y 268 del Código Penal)”. (subrayas fuera de texto)

En estos términos, no podía ignorarse que la pena establecida en la ley corresponde a la señalada para el homicidio en estado de ira o intenso dolor para todos los efectos, incluidos el estudio de la procedencia o no del sustituto de la reclusión intramural. Por lo demás, así lo tiene entendido nuestro máximo organismo de la jurisdicción penal que en sentencia del 1 de junio de 2016 al interior del radicado 46101 cuando analizó un asunto similar y trayendo a colación la sentencia 45736 del 24 febrero de 2016 en la que se dice: *“que cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, “examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice”.*

En consecuencia, reúne Saúl Echeverry Álvarez este requisito echado de menos para conceder la prisión domiciliaria conforme a la

regulación del artículo 38 B del código penal, es decir “*que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*”.

Ahora, una vez constatado el cumplimiento de ese presupuesto objetivo es de verificar las exigencias adicionales señaladas así por la norma citada:

“2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

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

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.”

Al observar el artículo 68A del Código Penal no se encuentra que el delito de tentativa de homicidio agravado conforme a lo previsto en el artículo 104 numeral 4, por motivo abyecto o fútil, esté enlistado dentro de las conductas a las que alcanza la prohibición de otorgar este sustituto de la reclusión carcelaria.

De otro lado, no consta, como lo advirtió la Fiscalía en la audiencia de individualización de pena, que el procesado tenga antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores. Por consiguiente, por estos aspectos no se presenta razón válida para denegar la concesión de la prisión domiciliaria.

En lo que atañe al arraigo familiar y social del sentenciado, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴, que debe entenderse:

“(...) como el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes...”.

(...) la teleología de la norma es clara: asegurar la efectiva privación de la libertad en el domicilio. Por ello, el juez está llamado a valorar los diferentes nexos que el condenado tiene con un lugar determinado, para así contar con un referente objetivo que le permita suponer fundadamente que aquél no evadirá el cumplimiento de la pena”.

Entonces, el arraigo no consiste simplemente en tener un lugar donde vivir, sino que motivos familiares y sociales que determinen estabilidad en el propósito de radicarse en dicho lugar.

El juez de primera instancia, por sustracción de materia, no se refirió a la satisfacción de este requisito, como bien lo reconoció la defensa. Aunque el legislador del 2014 (artículo 38 del C.P) pretende que el juez de conocimiento con todos los elementos aportados determine la existencia del arraigo, lo cierto es que en el caso no resulta claramente establecido con los precarios medios obrantes, puesto que si bien el

⁴ CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 46647

procesado venía en detención domiciliaria al parecer cambió de domicilio sin que se conozca si medió autorización previa, y aunque hay afirmaciones de la defensa, efectuadas la audiencia de individualización de pena, son meras enunciaciones no corroboradas como que ahora su representado reside en un inmueble de su propiedad, lugar donde tendría su arraigo.

Por supuesto que la parte interesada desde la audiencia del artículo 447 de la ley 906 de 2004, debió demostrar de manera concreta el arraigo familiar y social y no limitarse a lo obrante dentro del proceso, pues como el mismo lo puso de presente, el procesado cambio de residencia, situación que solo se conoció por las llamadas infructuosas que se hicieron para que acudieran a las audiencias. A la vez que con la mera enunciación de que reside en inmueble de su propiedad no aparece para la Sala demostrada tal situación, aunado esto a que al interior del proceso no obran los audios de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, donde estaría contenido a lo que refiere la defensa sobre estas condiciones, pues según consta en el acta obrante a folio 4, “audiencia sin grabar por cuanto el quemador se encuentra fuera de servicio”, lo que imposibilita conocer los condiciones demostradas para ese momento (19 de marzo de 2017) y que incluso a la fecha, al parecer de algún modo han variado.

Así las cosas, este presupuesto deberá demostrarse ante los jueces de ejecución de penas, quienes determinaran la procedencia del beneficio entendiendo que los presupuestos objetivos aparecen reunidos, como viene de decirse.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Confirmar la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Itagüí a través de la cual se condenó a *Saúl Echeverry Álvarez* como autor del delito de tentativa de homicidio agravado y se le negó la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 B del CP, pero por las razones expuestas en la parte motiva. Queda habilitado el Juez de ejecución de penas a decidir sobre la concesión de la prisión domiciliaria acorde a lo dicho en la parte motiva.

Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

-En permiso-
MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA