

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA UNICA

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACION
LEY 1128 de 2007

RADICACIÓN:	157593104001201500039 01
PROCESO:	CONCUSION
ORIGEN:	JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO.
PROVIDENCIA:	SENTENCIA – Segunda instancia.
DECISION:	
ACCIONADO:	HARRIZON ORLANDO SOLER TORRES
APROBADA:	Acta N°
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL. Sala Segunda de Decisión.

CONCUSION-NULIDAD-Juez competente-Jurisdicción Penal Militar u Ordinaria- SUSTITUTO DE LA PRISION DOMICILIARIA.

La conducta punible será juzgada por la justicia penal castrense dentro de un ámbito restrictivo, cuando esas acciones sean desplegadas en ejercicio del servicio activo del agente y con ocasión directa al mismo.

Cuando la conducta desplegada se desliga de la función encomendada, en caso de la fuerza armada de naturaleza civil, será la jurisdicción ordinaria la que conozca el asunto, así como cuando exista duda respecto a la competencia será ésta a la que corresponda.

Sustituto de la Prisión Domiciliaria-La sustitución de la prisión por domiciliaria cuando se alega la calidad de padre o madre cabeza de familia no es de ninguna manera un derecho o beneficio de los procesados por el hecho de tener hijos menores, sino que es una garantía a favor de estos, cuando la ausencia del progenitor del que dependen los deja en una situación de abandono que pone en peligro su propia integridad física o subsistencia; y cuando a pesar del reproche

elevado por la conducta antijurídica, su estadía en el domicilio no tiene la potencialidad de poner en peligro su propio bienestar.

Así mismo lo que se busca proteger con este sustituto no es el sustento económico del hogar, sino el cuidado integral de los menores (protección, afecto, educación y orientación), por lo que será viable siempre y cuando el procesado demuestre que el solo sin el apoyo de nadie, tuvo el cuidado de los menores antes de ser detenido, para que se demuestre que al mantenerlo detenido en un centro de reclusión, los menores quedarían abandonados y desprotegidos.

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA UNICA**

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACION
LEY 1128 de 2007

RADICACIÓN:	157593104001201500039 01
PROCESO:	CONCUSION
ORIGEN:	JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO.
PROVIDENCIA:	SENTENCIA – Segunda instancia.
DECISION:	
ACCIONADO:	HARRIZON ORLANDO SOLER TORRES
APROBADA:	Acta N°
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL. Sala Segunda de Decisión.

Santa Rosa de Viterbo, lunes quince (15) de febrero de dos mil dieciséis
(2016)

1.- OBJETO:

Decide la Sala el recurso de apelación sustentado por la defensa de Harrizon Orlando Soler Torres contra la sentencia derivada de la aceptación de cargos proferida el 05 de agosto de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Hechos:

Edna Liliana Rodríguez Ortiz contadora del instituto técnico CENIS de Colombia a finales de 2014 y comienzos de 2015 evidenció faltantes de dinero, adulteraciones de documentos y sellos, informando a la directora

de la institución Luz Dary Guaqueta Sierra, quien revisó las evidencias y procedió a interponer la denuncia.

En la investigación llevada por la Fiscalía 28 Seccional de Sogamoso nombraron al investigador Harrizon Soler, quien el 25 de mayo realizó una entrevista a la contadora y le hizo insinuaciones sobre su responsabilidad en los hechos denunciados, el funcionario le indicó a la entrevistada que iba a modificar la entrevista para que ella misma no se condenara y dijo que la llamaba más tarde a eso de las 9:30 pm., él la llamo y le preguntó dónde vivía y en instantes llegó a la casa de la víctima, él le conto que la dueña del Instituto la quería acusar y podía estar condenada de cuatro a ocho años de prisión, luego le dijo que le iba colaborar pero que ella le debía entregar \$500.000, ella le pidió tiempo para conseguir el dinero y al día siguiente la llamó para saber si había conseguido el dinero, ella le respondió que aún no. El 28 de mayo del presente año el investigador la llamó nuevamente, ella le dijo que ya tenía el dinero pactaron una cita en el palacio de la ciudad de Sogamoso y ella le entregó los \$500.000 y al instante fue detenido por el CTI hallándosele el dinero en el bolsillo izquierdo.

2.2. Trámite procesal

Por los anteriores hechos el 29 de mayo de 2015 se surtieron ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Sogamoso las audiencias preliminares de imputación e imposición de medida de aseguramiento por la conducta punible de concusión cargos que fueron aceptados en la misma audiencia por el procesado, a quien se impuso la medida no privativa de la libertad prevista en el artículo 307 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal.

Para la verificación del allanamiento a cargos e individualización de la pena, se realizó el 05 de agosto de 2015 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso la respectiva audiencia, en la que se hizo

mención a algunas de las condiciones individuales, familiares y sociales del procesado.

2.2.1. Sentencia de Primera Instancia:

El 05 de agosto de 2015 el Juzgado de conocimiento, condenó a Harrizon Orlando Soler Torres, como autor responsable del delito de Concusión, a la pena principal de ochenta y cinco punto setenta y cinco (85.75) meses de prisión y sesenta y uno punto veinticinco (61.25) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de setenta meses; negando el derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a la prisión domiciliaria que había sido invocada.

La negativa para conceder los subrogados y sustitutos penales radicó en que la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no procedía por no cumplirse el factor objetivo establecido en el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, porque la condena impuesta superaba los cuatro años de sanción y también por encontrarse dentro de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Y con relación a la prisión domiciliaria solicitada estableció que se cumplía con el requisito objetivo, pero que se trataba de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 que son los excluidos de beneficios y subrogados.

2.2.2. Recurso de Apelación:

Inconforme con la decisión la Defensa interpuso recurso de apelación, aspirando a que se revocara la decisión en cuanto a los siguientes puntos:

Como la conducta punible está relacionada con un acto de servicio de una persona que se encontraba vinculada con la policía, el competente

para conocer el asunto no era la justicia ordinaria sino la justicia penal militar, que la Corte Constitucional ha establecido para que la justicia penal militar sea competente debe existir un vínculo evidente entre el delito y las actividades propias del servicio militar y la Corte Suprema de Justicia ha determinado dos condiciones para que el asunto sea competencia de la justicia penal militar *a)* el imputado al ejecutar la conducta punible se encuentre en servicio activo, *b)* el delito guarde relación con el servicio. Que al no haber sido conocido el asunto por la justicia penal militar se vulneró el principio de juez natural ya que el competente para investigar y juzgar al patrullero Harrizon Soler era esta, por lo que debe decretarse la nulidad.

Como petición subsidiaria pidió se conceda la prisión domiciliaria que fue negada en la sentencia por las siguientes razones:

Al evaluar los requisitos solicitados para conceder la prisión domiciliaria considera que no hay razón de negar el sustituto por el artículo 68ª que expresa cuales son los delitos que se encuentran excluidos de beneficios y sustitutos, a pesar de que la conducta cometida se encuentra en esta lista, el artículo 314 de la ley 906 del 2004 ha contemplado cinco eventos en que se omite esta disposición en el que se encuentra el procesado “5. *Cuando la imputada acusada fuera madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado, en ausencia de ella el padre que haga sus veces*”; así mismo el artículo 44 constitucional que desarrolla la protección a la niñez, elevado a norma Superior, por lo que invoca a favor de los menores la petición de cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia, pues para conceder este sustituto de acuerdo a la Ley 750 de 2002 se deberá examinar el desempeño laboral familiar y social de la persona condenada, para que la autoridad judicial determine que no va a ser un peligro para la comunidad, ni para los menores, y fija unas conductas delictivas en la que no es viable la concesión del sustituto, en la que no se halla su representado.

Que en desarrollo de la línea jurisprudencial de la Corte en sentencias: 22453 del 26 de junio de 2008, casación 29940 de 3 de junio de 2009, casación 30106 de 30 septiembre de 2009, casación 3 de diciembre de 2009, se ha determinado que cuando el condenado a pena privativa de la libertad sea madre o padre cabeza de familia no se debe tener en cuenta la naturaleza del delito, la existencia de antecedentes, ni tampoco hacer un examen del factor subjetivo del procesado, pues para acceder a este beneficio lo que se requiere es acreditar la calidad de padre cabeza de familia, teniendo esto como base, si los menores dependen económicamente exclusivamente del procesado, lo que consta en las evidencias presentadas con el recurso ya que la madre solo se dedica al cuidado, y todo lo referente al dinero está a cargo del padre de familia salud, vivienda, vestuario y estudio; que el derecho fundamental de los menores esta consagrado en la convención de derechos del niño Ley 12 de 1991 en su artículo 3 debe ser primordial el interés superior del menor, la pena privativa de la libertad impuesta puede llegar a significar para los menores grave e irreparable daño en sus vidas, en su desarrollo y educación.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

3.1. COMPETENCIA:

La apelación tiene por objeto que el superior estudie la situación resuelta en la providencia recurrida, y la confirme, revoque o reforme, siempre que lo recurrido haya sido objeto de debate o esté inescindiblemente ligado a la decisión.

3.2. LO QUE SE DEBE RESOLVER:

Tomando en cuenta las argumentaciones del recurrente la Sala observa que el tema a resolver es el concerniente a una nulidad por falta de competencia de juez propuesto por la defensa, y la procedencia o no del

sustituto de la prisión domiciliaria cuando se alega la calidad de padre cabeza de familia.

3.3 SOLICITUD DE NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA PARA CONOCER EL ASUNTO:

Si bien la nulidad invocada se encuentra taxativamente en la ley en el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal que establece que *“será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante el juez incompetente por razón de fuero...”*, también es cierto que las etapas en el proceso penal se rigen por el principio de preclusividad, sobre el que, la Corte Suprema de Justicia ha dicho *“Dada la preclusividad de las etapas procesales, agrega, las partes deben ejercer sus derechos en la oportunidad pertinente”*¹.

No obstante, que el alegato que presenta actualmente la recurrente podría ser cuestión agotada durante la audiencia de formulación de imputación con aceptación de cargos, individualización de pena y sentencia; por tratarse de un asunto en el que la garantía constitucional del juez natural está en juego por el factor subjetivo del agente, se hace necesario hacer las algunas precisiones.

El artículo 112 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece que es competencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura definir la competencia entre distintas jurisdicciones, por eso, sin ánimo de subvertir tal función, la Sala se limita a explicar que en el *sub examine* no existe vulneración alguna a la garantía del procesado en cuanto que el juzgamiento lo realice el tribunal o juez competente con la autonomía e imparcialidad del caso, puesto que es evidente de acuerdo a la acusación fáctica esgrimida por la Fiscalía que la conducta no se puede tomar ni siquiera indirectamente como acto propio del servicio militar o castrense al que están afectos los integrantes de la fuerza pública, pues el rol de investigador que

¹ Corte Suprema de Justicia, expediente: 42184. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, 15 de octubre de 2014.

desempeñaba Soler Torres, y en cuyo ejercicio cometió el punible aceptado.

El artículo 221 de la Constitución Política establece que *“(...) los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares”*. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la conducta punible será juzgada por la justicia penal castrense dentro de un ámbito restrictivo, cuando esas acciones sean desplegadas en ejercicio del servicio activo del agente y con ocasión directa al mismo, es decir, no basta probar que se trata de un agente perteneciente a la fuerza pública, sea del ejército, la policía o la armada, sino que es estrictamente necesario que la misma tenga vínculo directo con la labor o servicio desempeñado, en palabras de la Corte *“La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial”*². En ese sentido, cuando la conducta desplegada se desliga de la función encomendada, en caso de la fuerza armada de naturaleza civil, al deber primordial de mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica, es claro que será la jurisdicción ordinaria la que conozca el asunto, así como cuando exista duda respecto a la competencia será ésta a la que corresponda, ello por cuanto el artículo segundo del Código Penal Militar establece que no podrán ser considerados delitos relacionados con el servicio, entre otros, *“(...) las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”*.

² Corte Constitucional, sentencia C-1184 de 2008

Basta lo expuesto para desechar por infundada la petición de nulidad, puesto que se respetaron los derechos al juez natural, ya que la conducta desplegada por Soler Torres rompió el nexo funcional propio del rol de la institución que representaba, y por ello, la competencia para asumir el conocimiento del asunto era de la jurisdicción ordinaria, tal y como aconteció en el *sub lite*.

3.3. SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA:

La prisión domiciliaria como sustituto de la prisión intramural está consagrada en el artículo 38 del Código Penal modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014 cuyos requisitos se establecen en el artículo 38B *ibídem* modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 y cuando se invoca a favor de la mujer cabeza de familia éste sustituto tiene una legislación especial consagrada en la Ley 750 de 2002.

Como ha sido precisado en reiterada jurisprudencia tanto del Máximo Tribunal Constitucional como por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a las que ésta Sala se adhiere, la sustitución de la prisión por domiciliaria cuando se alega la calidad de padre o madre cabeza de familia no es de ninguna manera un derecho o beneficio de los procesados por el hecho de tener hijos menores, sino que es una garantía a favor de estos, cuando la ausencia del progenitor del que dependen los deja en una situación de abandono que pone en peligro su propia integridad física o subsistencia; y cuando a pesar del reproche elevado por la conducta antijurídica, su estadía en el domicilio no tiene la potencialidad de poner en peligro su propio bienestar. La Corte Constitucional en sentencia C-184 de 2003 explicó que, para conceder el sustituto de la prisión por domiciliaria era necesario verificar si los titulares del "(...) *derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiriere cumplir la pena en su residencia*", en el *sub iudice*, además que la Defensa no explicó las circunstancias por las cuales no

coincidía con las conclusiones de la *A quo* en torno a la inexistencia de la calidad de padre cabeza de familia, tampoco explicó porqué la presencia de la progenitora de los menores no salvaguarda sus derechos.

Reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha procurado corregir el criterio erróneo que pregonaba y confundía los fines de la pena y de la medida de aseguramiento, y que además excluía para esos casos el análisis del requisito objetivo dispuesto en el actual artículo 38B del Código Penal y estimaba solo el subjetivo; retornando como de vieja data a los requisitos propios que establece la Ley, ya fuera del artículo 38 del Código Penal, actual 38B o del artículo 1º de la Ley 750 de 2002 y principalmente a un juicio de ponderación entre los derechos del menor y los de la sociedad completo, sobre la base que los primeros no son absolutos y pueden en casos ceder cuando son los principios y valores constitucionales los que están en juego; tal es el caso de las sentencias radicadas 35943 de 2011, 43524 de 28 de mayo de 2014 y especialmente la 38054 de 09 de mayo de 2012 caso Yidis Medina Padilla³, en las que, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, puso de presente la necesidad que los funcionarios judiciales al momento de estudiar el sustituto de la prisión domiciliaria en casos especiales en los que se alegue la situación de madre o padre cabeza de familia a favor del procesado o condenado, se valore además de las condiciones familiares, sociales y personales, el *quantum* de la pena, esto es, que se cumpla el factor objetivo dispuesto en la norma.

Por ello, para confirmar la negativa en la concesión del sustituto bastaría observar que no obstante a pesar de cumplir con el factor objetivo al percibir las diferentes evidencias, si bien el condenado tiene dos (2) hijos

³“De otro lado, vale la pena recordar que para conceder la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, la Sala tiene establecido que igualmente deben concurrir los elementos objetivo y subjetivo previstos en el artículo 38 del Código Penal, pues si bien el inciso final del artículo 44 de la Carta Política señala que los derechos de los niños (entre los cuales se encuentra el de "tener una familia y no ser separados de ella") "prevalecen sobre los derechos de los demás", no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos, sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo Por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos”.

menores, estos no viven con él ya que según consta en el proceso viven en Tunja con la madre, por lo cual no se podría decir que se encuentren en abandono o desprotegidos al encontrarse el padre en un centro de reclusión, además el fiscal en la audiencia de verificación de allanamiento, individualización de la pena y sentencia mencionó que la calidad de padre cabeza de familia no la ostentaba porque en estudio realizado por la investigadora Mónica Baracaldo la Liney Varón madre de los menores informó que estaba en proceso de demandar a Harrizon Soler para solicitar el pago de las obligaciones económicas que tiene con sus hijos, por lo que se torna inadmisibles conceder el sustituto de prisión domiciliaria cuando el padre no ostenta tal calidad.

Además la Corte ha establecido que cuando *“(...) se trata de padre cabeza de familia cuyos hijos dependen de él, no para su manutención económica sino para su cuidado y protección real y concreta, podrán acceder al derecho de prisión domiciliaria sólo cuando se reúnan los requisitos establecidos en la ley, siempre que con él se busque el interés superior del menor⁴”* conforme a lo expuesto este sustituto no se podría otorgar en este caso ya que el padre no brinda una real protección a los menores.

Así mismo lo que se busca proteger con este sustituto no es el sustento económico del hogar, sino el cuidado integral de los menores (protección, afecto, educación y orientación), por lo que será viable siempre y cuando el procesado demuestre que el solo sin el apoyo de nadie, tuvo el cuidado de los menores antes de ser detenido, para que se demuestre que al mantenerlo detenido en un centro de reclusión, los menores quedarían abandonados y desprotegidos.

De acuerdo a lo anterior es evidente que Harrizon Soler no ostenta la calidad de padre cabeza de familia ya que no vivía con sus menores hijos, por lo que al quedar detenido sus hijos no quedaron en abandono

⁴ Corte Suprema de Justicia, expediente 17089, M.P.: Edgar Lombana Trujillo de 16 de julio de 2003

porque cuentan el apoyo de su mamá, para que cubra sus necesidades básicas.

Basta lo expuesto para con apoyo en lo argumentado por la *A quo* que no fue atacado eficazmente por la Defensa, confirmar la sentencia recurrida.

4. Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

4.1. Confirmar la sentencia de primera instancia.

4.2. Contra esta decisión procede el recurso de casación ante la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia.

De esta providencia, las partes quedan notificadas en **estrados**.

JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado