



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 000 2021 00935
Acusado	Dana Camila López Escobar
Delitos en concurso (Art. 31, C.P.)	Receptación en concurso homogéneo sucesivo en dos (2) eventos. Verbo rector «poseer» (Art. 447 Inc. 1° y Art. 31 del C.P.)
Hechos	4 de marzo de 2021 y 6 de agosto de 2021 Calle 53 N° 49-126 en <i>Clínicas de Celulares</i>
Juzgado <i>a quo</i>	Octavo (8°) Penal del Circuito de Medellín, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación de sentencia proferida en virtud de preacuerdo.
Consecutivo	SAP-S-2023-11
Aprobado por Acta	N° 39 de 20 de febrero de 2023
Audiencia de exposición	Martes, 21 de febrero de 2023; Hora: 1:30 pm
Decisión	Se confirma en su integridad la sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, febrero veintiuno (21) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de DANA CAMILA LÓPEZ ESCOBAR.

2. IDENTIFICACIÓN DE LA ACUSADA

Es la ciudadana DANA CAMILA LÓPEZ ESCOBAR, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1'017.174.157. expedida en Zaragoza, Antioquia; nacida el 23 septiembre 1989 en Medellín, Antioquia; hija de Sofía y Pedro; residente en la calle 65 N° 90-90 Apto. 1010, Medellín, Antioquia.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según el escrito de acusación se concretan así:

«El treinta de septiembre de 2021, se realizó diligencia de registro y allanamiento en la dirección Calle 54 número 50-102

barrio centro Candelaria, dirección donde funciona un establecimiento de comercio denominado "LAVADERO Y PARQUEADERO CYS" en el cual además de realizar la captura de los requeridos por orden de captura, se incautaron los siguientes celulares, que tienen reporte por hurto en la página Imei Colombia. En la dirección mencionada se observan varios habitáculos acondicionados para diversas actividades comerciales, aunque el registro estaba autorizado como se menciona a continuación:

En lo que respecta a la señorita Dana Camila López Escobar y el señor Jairo Alonso Reina Caicedo, se hace referencia a los eventos en los cuales, fueron encontrados en sus establecimientos de comercio, celulares con reporte de hurto.

Es de resaltar que por medio de la investigación, se logró establecer, que en estos establecimientos de comercio, reciben celulares que tienen reporte de hurto y aun así, los comercializan, realizando cambios en el imei y duplicando y borrándole datos. Se destaca una forma de comercialización de celulares hurtados, que entran al comercio por medio de dichos establecimientos.

Tal como veníamos refiriendo, el 30 de septiembre de 2021, se realizaron registros y allanamientos al siguiente, encontrando en algunos de ellos, elementos tipo celular, con reporte de hurto, y en dos casos, se tenía conocimiento en forma previa de la posesión de elementos adquiridos, con esas circunstancias. Así mismo, se llevaron a cabo las órdenes de captura, autorizadas por los señores jueces de garantías.

(...)

DANA CAMILA LÓPEZ ESCOBAR.

Se encontraron celulares en el establecimiento de comercio con reporte por hurto. Calle 53 Nro 49-126 "clínicas de celulares"

EL 4 DE MARZO DE 2021 A LAS 15:00 HORAS DOS CELULARES ETM HURTADOS

Marca Samsung imei 353291112447725

Un celular Huawei imei 866225032138667

El 6 de agosto de 2021 en otro evento en el mismo establecimiento, se encontraron dos celulares reportados por hurto:

Un celular marca Huawei imei 867265039947313 y 867265039947321

Un celular huawei imei 869370026208634».

El 1° octubre de 2021, ante el Juzgado 22 penal municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad se llevaron a cabo audiencias preliminares, donde se formuló imputación en contra de la procesada en la modalidad de autor por el delito

de *Receptación* en concurso homogéneo y sucesivo en dos (2) eventos. Verbo rector «poseer». (Arts. 447 Inc. 1° y 31 del C.P.).

La implicada no se allanó a los cargos.

Se impuso una medida de aseguramiento no privativa de la libertad. Art. 307 literal B) numerales 4, 5 y 6 del C.P.

El 2 de mayo de 2022 se formuló acusación en contra de la procesada por el mismo delito que se imputó.

El 3 de agosto de 2022 una vez se instala la **audiencia preparatoria**, las partes le informan al despacho que llegaron a un acuerdo.

4. TÉRMINOS DEL ACUERDO

En sesión de **audiencia preparatoria**, la señora Fiscal 20 Seccional, doctora SANDRA VIVIANA ÁLVAREZ TABARES, expone a la judicatura los términos del acuerdo, así:

«(16:07) teniendo en cuenta, entonces, esa circunstancia que ella es la Administradora intercambiamos los conceptos frente a los testimonios que va a presentar el doctor, entonces vemos que podemos llegar a ese preacuerdo de aplicar el Art. 446 modificado por la Ley 890 de 2004 con el fin de tasar la pena y que sea la señora juez la que determine la pena a imponer, estableciéndose para la señora DANA CAMILA que ella carece de antecedentes penales. Ese favorecimiento sería en concurso homogéneo en tres (3) ocasiones que son tres (3) celulares que se le encontraron a ella, pues allá en el establecimiento en su calidad de Administradora del local.

Si usted ya nos dice leería pues a leer la parte de los hechos aspectos jurídicos y como va a modificarse o si basta con esa parte que he enunciado.

(...)

JUEZ: Si, me gustaría doctora, bueno la punibilidad, para que quede claro ¿se muta de receptación a favorecimiento?

FISCAL: Si su señoría,

JUEZ: se degrada

FISCAL: Art. 446 para fines de punibilidad

JUEZ: ¿Y son tres (3) eventos?

JUEZ: Si su señoría. (17:57)».

En resumen, la negociación consistió en que la procesada aceptó el cargo enrostrado y a cambio la Fiscalía **degradó** la conducta a **favorecimiento** en concurso homogéneo (Art. 446 y 31 del C.P.) «únicamente para efectos punitivos».

No se pactó pena, la cual se dejó a disposición del despacho.

No se acordaron subrogados penales.

5. AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA ART. 447 DEL C.P.P.

La delegada Fiscal, doctora SANDRA VIVIANA ÁLVAREZ TABARES, manifestó que la *degradación de la conducta* se hizo a efectos de obtener una pena más favorable. La procesada no tiene antecedentes penales.

Frente al subrogado, indicó que «*la Corte ha definido que así se cambie para fines de aplicar la pena a un tipo más favorable, pues se tendrá en cuenta es el tipo penal base como es la receptación; y, por ende, entonces no tendría derecho a la suspensión condicional de la ejecución pena*».

El apoderado de la implicada, doctor DAVID MADRID PALACIO, instó la prisión domiciliaria del Art. 38-B del C.P.

Indicó que la conducta aceptada es *Receptación* del Art. 447 del C.P. y como lo dijo la representante Fiscal, hay una prohibición legal del Art. 68-A del C.P. en cuya lista está ese delito de *Receptación*; sin embargo, la degradación se hizo para efectos punitivos y darle viabilidad a la concesión de subrogados.

La procesada tiene arraigo, no tiene antecedentes, ni anotaciones; de ahí que no se vislumbra la necesidad que la ejecución de la pena sea privativa de la libertad y se da la posibilidad de analizar subrogados conforme la sentencia con rad. 54.039 con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar.

No se acordaron subrogados, porque reconoce que sería un doble beneficio.

Debe tenerse en cuenta que con la aceptación de cargos se ahorró un juicio oral o desgaste a la administración de justicia.

Insistió que la negociación se hizo por el delito tipo de *Encubrimiento por favorecimiento* del Art. 446 del C.P., el cual no se encuentra enlistado en el Art. 68 A del C.P.

6. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 19 de agosto de 2022, la *iudex a quo* dictó sentencia por medio de la cual condenó a DANA CAMILA LÓPEZ ESCOBAR a la pena de veintidós (22) meses de prisión, por el delito de *Receptación* en concurso homogéneo por dos (2) eventos.

Para la individualización de la pena, partió del primer cuarto mínimo del delito de *Receptación*, esto es dieciséis (16) meses e incrementó seis (6) meses más por el concurso.

Concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena privativa de la libertad, e impuso la obligación de cancelar caución prenda equivalente a un (1) smlmv, al considerar que la medida de detención intramural no resulta necesaria y la medida impuesta es suficiente para garantizar los fines de la pena, acorde al Art. 3° del C.P.

Los argumentos fueron los siguientes:

«DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA:

En relación con los subrogados y mecanismos sustitutivos de la pena, este Juzgado habrá de indicar que se conoce una decisión reciente que data del 16 de febrero de 2022, emitida por la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso radicado No. 54.535, M.P José Francisco Acuña Vizcaya, decisión en la que se razonó que los subrogados y mecanismos sustitutivos de la pena se estiman en función del delito imputado o aceptado, y no del delito preacordado, veamos:

“(...) Por tanto, como se condenó como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales, así se le haya impuesto la sanción del cómplice la cual fue referida exclusivamente para fines punitivos y no como un cambio de la tipicidad.

Por eso, carecen de fundamento los cargos propuestos en la medida en que, en contra de lo aducido por el censor, no medió violación directa de norma alguna por errónea interpretación, toda vez que el aspecto cuantitativo de los subrogados fue examinado en relación con el cargo preacordado, que lo fue, se reitera, el de autor de porte ilegal de armas, cuya sanción mínima es de 9 años de prisión, límite que ciertamente excluye el análisis y el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como así se decidió en la sentencia recurrida, la cual, por ende, no será casada. (...)”

Queda claro entonces que una es la pena que surge de la degradación de la conducta, y otras son las consecuencias que surgen de la aceptación de la responsabilidad del delito deducido. Lo afirmado impediría objetivamente al Juzgado considerar la posibilidad de reconocer algún subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena de prisión a DANA CAMILIA, toda vez que el delito de receptación cuya responsabilidad aceptó, se encuentra enlistado en el art. 68-A del C.P. Sin embargo, este Despacho, apelando al criterio de la necesidad de la pena, concederá a la procesada la PRISIÓN DOMICILIARIA.

Sea lo primero remitirnos al artículo 3° del Código Penal:

“Artículo 3° Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan...”.

No significa lo anterior que el Juzgado esté obrando en desconocimiento del precedente jurisprudencial citado, que obligaría a negar por el delito cuya comisión se aceptó, cualquier subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena de prisión.

La consideración que el Despacho hace en esta ocasión, atiende a que no resulta necesario que DANA CAMILA LÓPEZ ESCOBAR cumpla esos 22 meses de prisión en establecimiento carcelario, pues resultaría suficiente para garantizar los fines de la pena, que la sanción emitida fruto del preacuerdo celebrado se cumpla en la residencia de la acusada.

En este caso se hicieron especiales consideraciones respecto de la gravedad de la conducta, ya que no se advierte un plus en su ejecución, en otras palabras, la conducta no rebasa la gravedad propia del delito de receptación. Repárese además a la cantidad de los objetos incautados: 4 celulares hurtados que se encontraron en posesión de la dama, comparado este número con la totalidad de la mercancía de la señora DANA CAMILA en su establecimiento comercial, que alcanzaba los casi 30 teléfonos móviles en la última diligencia de allanamiento a la que se le sometió. Igualmente repara el Juzgado que la Fiscalía no solicitó a la judicatura la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en aras de garantizar el cumplimiento de una eventual pena, al punto que la dama solo fue cobijada con medidas no privativas de la libertad. Empero, no desconoce el Juzgado que se trata de dos eventos, **siendo reprochable que después de la diligencia del 4 de marzo de 2021, nuevamente la señora LÓPEZ ESCOBAR haya incurrido en el mismo comportamiento, pues el 6 de agosto siguiente nuevamente exhibía para su comercialización 2 celulares reportados hurtados**; de ahí que se estime suficiente el cumplimiento de la prisión en el domicilio.

Adicionalmente, DANA CAMILA cuenta con arraigo familiar, como bien lo indicó la defensa, y carece de antecedentes penales, lo que permite al juzgado hacer un pronóstico favorable en torno a que la pena podrá ser cumplida en su domicilio, esto es, bajo el control indirecto y eventual que respecto de ésta ejerza el Estado»

7. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA

El abogado defensor de la implicada apeló la decisión y *solicitó modificar la sentencia; y, en consecuencia, conceder a favor de su prohijada, como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena.*

Expuso los siguientes argumentos:

«No respondió el Juzgado a la petición de la defensa, de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, con radicado 54.039, SP 3002-2020, del 19 de agosto del año 2020, Magistrada Ponente, Patricia Salazar Cuéllar, en los términos del preacuerdo.

“Lo anterior, sin perjuicio de que el acuerdo consista en tomar como referente una norma penal menos gravosa, no para que el juez emita la condena a la luz de un referente jurídico que no se ajuste a los hechos presentados por el acusador, sino para efectos de calcular la pena, evaluar la procedencia de subrogados penales, entre otros, según los términos del convenio, como sucede en el caso de quien indiscutiblemente es autor pero, en virtud del acuerdo, se le impone la pena que le correspondería al cómplice (SP 2073- 2020, rad. 52.227 y SP 2295-2020)” Subrayas fuera de texto.

(...)

Dentro del asunto de marras, tenemos un preacuerdo aprobado y el punto es si es factible conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena por el delito, al cual se degradó la conducta origen.

La Corte Suprema de Justicia en decisión con radicado 51689 de 2021, señaló que al modificarse lo cargos se da un beneficio, por lo que la fiscalía debe ser clara al señala cuando se trata de una corrección a la realidad y cuando obedece a un a beneficio (sentencia penal con radicado 53183 de 2021) y en este asunto, no se otorgó una rebaja punitiva, pues la pena se dejó a consideración al *a quo*, **para degradar la conducta al delito de Favorecimiento**, por no estar en las prohibiciones del artículo 68-A del código penal.

Por ello, tenemos que el proceso penal diseñado en la Ley 906 de 2004 pertenece a una particular faceta, derivada de una concepción premial o transaccional de la justicia. En aras de la practicidad y la eficiencia en la administración de justicia penal, que posibilita la terminación anticipada del proceso por la vía de la aceptación de culpabilidad, a cambio de la obtención de beneficios expresados en una menor respuesta punitiva del Estado.

Si analizamos las exigencias del artículo 63 del Código Penal, en la sustitución de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, modificado por la Ley 1709 de 2014, vemos que en el caso de la procesada, se cumple a cabalidad, pues se establece, los requisitos objetivo, es decir, que la pena de prisión impuesta no exceda de cuatro (4) años, además que respecto de la conducta no existe prohibición legal conforme al artículo 68-A, del Código Penal, como lo es el delito del artículo 446, el cual no se encuentra en dicha lista; y el subjetivo

consistente en que los antecedentes personales, sociales y familiares de la sentenciada, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible, sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. Requisito subjetivo que valoró la Jueza, a favor de DANA CAMILA, con argumentos positivos para concederle la libertad condicional, no obstante, direccionó a una prisión al interior de su domicilio».

8. INTERVENCIÓN DE SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE

La delegada Fiscal, doctora SANDRA VIVIANA ÁLVAREZ TABARES, solicitó impartir confirmación a la decisión de primer grado.

Cuestionó la afirmación del abogado defensor quien adveró que aparentemente se presentó un cambio de tipicidad, *«En calidad de Fiscal 20 Seccional, reitero, que en ningún momento se modificó la imputación ni la acusación, pues la señora DANA CAMILA LÓPEZ ESCOBAR, aceptó por vía de preacuerdo, que ella era autora del concurso en dos ocasiones del delito de receptación, art 447 inc 1° del C.P y que por ese hecho, para fines exclusivamente punitivos, se preacordaba aplicar un tipo penal más favorable como el favorecimiento».*

En cuanto a la concesión de la prisión domiciliaria, refirió: *«Acude la señora juez de primera instancia a darle aplicación a las funciones de la pena, como es la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado. Lo que para la delegada Fiscal, es darle vida a las normas rectoras y proyectarlas a la realidad social y proteger la dignidad humana, pues, la detención en un centro carcelario, de una joven profesional, que es administradora del almacén donde se incautaron los celulares, impediría la reinserción social y actualmente, como se encuentran las instituciones carcelarias, le afectarían en su personalidad y en el ámbito familiar. El análisis que efectúa la señora juez de primera instancia, está acorde a la prohibición legal, porque no suspendió la ejecución de la pena, esta se cumplirá, aunque en detención domiciliaria».*

9. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos del impugnante y de la fiscal seccional en su calidad de no apelante.

10. POR DISPOSICIÓN EXPRESA DEL LEGISLADOR SON CONCEPTOS DIFERENTES EL DELITO IMPUTADO Y EL DELITO NEGOCIADO

Con la negociación se atempera la pena del delito realmente cometido, así que el preacuerdo no produce cambio en la naturaleza de las cosas¹.

¹ Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

Quien es imputado como autor de una conducta punible seguirá ostentando esa forma de participación criminal, no obstante que el acuerdo se haga consistir, para efectos punitivos, en su degradación a otro punible.

Si la conducta realizada, conforme a los medios de conocimiento en poder de la fiscalía, se corresponde con un homicidio en grado de tentativa, será esta la conducta atribuida, por mucho que en el proceso de negociación con fines de la terminación anticipada del proceso se pacte su tipificación como lesiones personales con miras a disminuir la pena.

El legislador diferenció expresamente entre aceptación de culpabilidad por «*el delito imputado*» y la responsabilidad por el «**delito negociado**».

En efecto, expresa el inciso 2° del Art. 350 del C.P.P.:

«El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, **en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado**, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: (...)». (Se resalta).

La norma del artículo 350 numeral 2° del C.P.P. dice que el implicado en la negociación «*se declarará culpable del delito imputado*» y no que se declarará culpable por el «*delito negociado*».

Entonces, si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado el legislador autorizó la condena por el «*delito imputado*», no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito que surge de la readecuación o de la eliminación de un cargo en el preacuerdo que conlleva esa modalidad, porque con esta última solución se afectan garantías fundamentales de la víctima².

Precisamente en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, es una garantía fundamental que constituye el poder sancionatorio del Estado, en la medida que «*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*»³, y no por el delito negociado.

En las sentencias C-173 de 2000, C-200 de 2002, C-420 de 2002 y C-205 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha examinado la competencia exclusiva del legislador de crear o «*tipificar*» los ilícitos penales⁴.

En la sentencia C-1260 de 2005 se precisaron los límites y la competencia del Fiscal en los preacuerdos al verificar la descripción típica en la ley penal con la adecuación del comportamiento *sub judice*, lo que se hizo en los siguientes términos:

«(...) la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor».

² Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

³ CSJ SP-16935-2016, rad. 48.369 de 23 noviembre 2016.

⁴ Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

En la providencia C-1260 de 2005 se preserva el principio de legalidad, al respecto la Corte Constitucional señaló:

«Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal».

La Fiscalía no puede crear tipos penales para los hechos investigados, ni acudir a la *lex tertia* para adecuar los comportamientos en los preacuerdos.

Los hechos deben corresponder a la descripción legal previamente establecida, de esta legalidad es una manifestación el tipo penal, que se ocupa no solamente de la descripción de la conducta sino también de la pena principal, de la pena accesoria y de su ejecución (subrogados, sustitutos y prohibiciones) ⁵.

Bajo los supuestos señalados, los preacuerdos no pueden ser el instrumento para introducir modificaciones a las prohibiciones constitucionales o legales, regla contra la que atentan, entre otros supuestos, los beneficios dobles, cuando ha de pactarse «una única rebaja compensatoria por el acuerdo» (artículo 351 numeral 2 del C. de P.P.).

La sentencia de condena que se dicte deberá ser por el **delito realmente cometido** y aceptado por el procesado, objeto de imputación, acusación y negociación entre Fiscalía y procesado asesorado por su abogado defensor.

La respuesta punitiva a la declaración de responsabilidad penal es la que corresponda a la modalidad negociada.

En efecto, la rebaja de la pena como beneficio en el contexto de las negociaciones y preacuerdos, no puede desconocer la responsabilidad por la conducta cometida⁶.

En providencia CSJ SP 8666-2017, rad. 47.630 de 14 junio 2017, la Corte en un proceso donde el procesado celebró con la Fiscalía un preacuerdo aceptando su responsabilidad por el delito que se le imputó, a cambio de que se aplicara la diminuyente punitiva de que trata el art. 57 del C.P. (ira e intenso dolor), casó la sentencia para declarar:

«Por ende, JEACF queda condenado, como autor penalmente responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena principal de 17 meses y 10 días de prisión, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, privación del derecho a acudir al lugar de residencia de las víctimas e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por idéntico lapso».

⁵ Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

⁶ Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

Es decir, lo condena por el delito realmente cometido y no por el negociado.

En tema de competencia se ha dicho que como las consecuencias que se derivan de la negociación (de autor de tráfico de estupefacientes se varió la imputación a encubrimiento) están ligadas, en concreto, a la conducta punible realmente cometida, cuya responsabilidad fue admitida por el acusado, entonces el análisis para determinar el juez que debe conocer del asunto, se realizará desde dicha perspectiva jurídica⁷.

11. SOBRE LA PRISIÓN DOMICILIARIA DEL ART. 38-B DEL CÓDIGO PENAL

Establece el artículo 38-B del C.P., adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014:

«Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
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».

⁷ CSJ AP 3968-2019, rad. 56.168 de 17 septiembre 2019.

Cuando el proceso culmine por la vía del preacuerdo, por ejemplo, por readecuación típica como cuando el procesado fue beneficiado con la imposición de la pena prevista para el cómplice, a cambio de lo cual aceptó su autoría en un determinado delito; o cuando se degrada la conducta para reconocer la sanción con pena que corresponde a los artículos 56 o 57 del Código Penal, pero se acepta el delito, solo que para efectos de determinación de la pena en concreto se aplican las circunstancias de los artículos 56 o 57, *es la conducta efectivamente aceptada por el procesado, la que marca la pauta para analizar la procedencia de la prisión domiciliaria y el subrogado pena*⁸.

La circunstancia reconocida (complicidad, ira o intenso dolor, marginalidad, etc.), que no existe, *es una ficción*, solo se tiene en cuenta para efectos de determinación de la pena⁹.

Por tanto, como se condena por los hechos realmente cometidos y no por los de la ficción, *vr. gr.*, como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del preacuerdo, **deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales**, así se le haya impuesto la sanción por la conducta degrada o por la variación jurídica la cual fue referida exclusivamente ***para fines punitivos*** y no como un cambio de la tipicidad¹⁰.

En la negociación, en todas sus modalidades o especies, ***se debe declarar la responsabilidad penal por el delito realmente cometido***¹¹.

Mediante providencia CSJ SP 4225-2020, rad. 51.478 de 21 octubre 2020, la Corte **acoge por unanimidad este criterio**.

SE IMPONE PENA POR EL DELITO O LOS DELITOS REALMENTE COMETIDOS, NO IMPORTA LA MODALIDAD DE NEGOCIACIÓN
CONSECUENCIAS
En los delitos donde se presenten los eventos del Art. 122 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo N° 01 de 2009, se debe imponer la sanción de inhabilidad intemporal o perpetua según el canon constitucional.
En los delitos donde se deba imponer pena accesoria por razón del delito, por ejemplo, en porte ilegal de armas y similares, se debe imponer la sanción accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (Art. 43 numeral 6, C.P.).
En los delitos de violencia, discriminación contra las mujeres y de violencia intrafamiliar, se deben imponer como sanciones accesorias las siguientes (Art. 43 C.P. y 51 inciso final): «10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.

⁸ CSJ SP, 28 febrero 2018, rad. 50.000; CSJ SP 4395-2018, rad. 52.960 de 10 octubre 2018.

⁹ CSJ SP 486-2018 de 28 febrero 2018, rad. 50.000; CSJ AP 4889-2018 de 14 noviembre 2018, rad. 53.987; CSJ AP 5285-2018 de 5 diciembre 2018, rad. 49.671; CSJ SP 4860-2019, rad. 46.401 de 6 noviembre 2019.

¹⁰ CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022.

¹¹ Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a las providencias CSJ SP 7100-2016, rad. 46.101 de 1° junio 2016 y CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016, así como en conferencias sobre el tema de negociación. Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<p>«11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.</p> <p>«La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más» (Ley 1257 de 2008, Arts. 24 y 25).</p>
<p>La indemnización para la víctima será la que corresponde por el delito realmente cometido y por el que además se condena, y no por el delito negociado.</p> <p>Por ejemplo, cuando se pacta degradación con reconocimiento de la circunstancia de ira o intenso dolor, etc.</p>
<p>En general las penas accesorias del canon 43 del C.P. se deben imponer, con la debida y adecuada motivación (Art. 59 C.P.).</p> <p>Ejemplo, «la pérdida del empleo o cargos público» en casos de corrupción según el delito realmente cometido, etc.</p>
<p>Los delitos por degradación o readecuación típica, etc. no se convierten en querellables, por tanto, no se podrá alegar falta de presentación de querrela y pretender por esta vía la declaración de caducidad a través de la preclusión o el archivo de la actuación, según el caso.</p>
<p>Los delitos por degradación o readecuación típica, etc. no se pueden terminar por indemnización integral (Art. 42 Ley 600 de 2000), por ejemplo, peculado que pasa a abuso de confianza, homicidio doloso que pasa a tener la pena del homicidio culposo, etc.</p>
<p>El término de prescripción de la acción penal es para el delito realmente cometido y no del negociado, razón por la cual no hay lugar a extinción de la acción penal¹².</p>
<p>Cuando se presente degradación o readecuación típica, etc. la acción penal no puede terminar por oblación si el delito realmente cometido no lo permite (Art. 87 del C.P.).</p>
<p>La sustitución de la prisión domiciliaria tendrá en cuenta la pena del delito realmente cometido.</p>
<p>Para el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se tendrá en cuenta la pena finalmente impuesta (Art. 63 C.P.).</p>

En el *sub lite*, fue clara la delegada Fiscal al momento de exponer los términos de la negociación que esta se presentaba a efectos de obtener una rebaja de pena «*aplicar una pena más favorable*»; empero, sin alterar el núcleo fáctico de la conducta, lo cual aceptaron tanto la procesada como su defensor y así se impartió aprobación.

Así pues, la conducta degradada fue exclusivamente **para fines punitivos** y no como un cambio de la tipicidad.

El delito cometido, **según los hechos jurídicamente relevantes** que no han variado por la negociación, es en calidad de autora de infracción del delito de *Receptación*, en concurso homogéneo y sucesivo en dos (2) eventos. (Art. 447 Inc. 1° y Art. 31 del C.P.), **el cual se encuentra enlistado en el Art. 68-A.**

Lo que significa que se encuentra excluido de la posibilidad de obtener beneficios o subrogados.

¹² CSJ AP 3757-2021, rad. 55.141 de 25 agosto 2021.

Es por estas razones que no procede la prisión domiciliaria del Art. 38-B del C. Penal, ni la suspensión de la pena del Art. 63 del C. Penal.

12. CONCLUSIÓN

No hay lugar a la concesión de subrogados penales, por las razones expuestas.

De todas maneras, como nos encontramos ante la calidad de apelante único no puede haber lugar a la agravación de la situación de conformidad con el precepto constitucional del inciso 2° Art. 31 C. Pol.: «*El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*».

Se ha de confirmar en su integridad la sentencia objeto de censura.

13. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la Ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena proferida en contra de DANA CAMILA LÓPEZ ESCOBAR , de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones; **(ii)** contra esta decisión procede la casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado