



SALA PENAL

| FICHA DE REGISTRO | |
|-------------------------|--|
| Radicación | 05 001 60 00 000 2021 00945 |
| Acusado | Edinson Henry Meluk |
| Delito | Cohecho por dar u ofrecer (Art. 407 del C.P.) |
| Hechos | 1° de agosto de 2011 |
| Juzgado <i>a quo</i> | Quinto (5°) Penal del Circuito de Medellín, Antioquia |
| Asunto | Apelación de auto de 5 de junio de 2023 que improbo la negociación |
| Consecutivo | SAP-A-2023-020 |
| Aprobado por Acta | N°168 de 11 de julio de 2023 |
| Audiencia de exposición | Miércoles, 12 de julio de 2023; Hora: 1:30 pm |
| Decisión | Se confirma auto objeto de apelación |
| Magistrado Ponente | NELSON SARAY BOTERO |

Medellín, Antioquia, julio doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se dicta auto de segunda instancia en virtud de preacuerdo en el proceso adelantado en contra del implicado EDISON HENRY MELUK.

2. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según el acta de preacuerdo se concretan así:

«El primero de agosto de 2011, a eso de las horas del medio día, el subintendente EDISON HENRY MELUK, investigador de la Sijin para esa época, le ofreció al investigador de Policía Judicial EDISON ARLEY ESTADADA CANO, de parte de un abogado, la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) para que dejara quieto en la investigación a NELSON PALACIO PALACIO, vinculado en una investigación de una Banda de Calatrava, donde EDISON ARLEY, era investigador.

La conducta denunciada e imputada al procesado y por la cual se le presenta escrito de acusación, se encuentra prevista y sancionada en el Código Penal, libro II, Título XV, Capítulo tercero, art. 407, *Cohecho por dar u ofrecer*, con pena de 48 a 108 meses de prisión, verbo rector ejecutar acto contrario a sus deberes

oficiales; delito que fue imputado a título de dolo y en calidad de coautor».

El 1° de agosto de 2022 ante el Juez 40° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se formuló imputación en contra del indiciado por el delito de *Cohecho por dar u ofrecer*, verbo rector *ejecutar acto contrario a sus deberes oficiales*, a título de dolo y en la modalidad de coautor.

El implicado no se allanó a los cargos. No se realizó audiencia de medida de aseguramiento.

El 23 de febrero de 2023 se formuló acusación en contra del procesado por el delito imputado.

Le correspondió el conocimiento del asunto al juez 5° penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín.

3. TÉRMINOS DEL PREACUERDO

En sesión de **audiencia preparatoria** de data 3 mayo de 2023, se varió el objeto de la diligencia a efectos de la presentación de un preacuerdo.

La señora Fiscal 170 Seccional, doctora EUCARIS BERRÍO LOZANO, expone a la judicatura los términos del acuerdo, consistente en que el procesado acepta el cargo imputado, y a cambio solo **como ficción jurídica y para efectos punitivos**, se degrada la participación **de autor a cómplice**, en un 50%, partiendo de la pena mínima de prisión (48 meses), no se dedujeron circunstancia de mayor punibilidad, quedando la pena a imponer en **veinticuatro (24) meses de prisión y multa de veinticinco (25) smmlv e inhabilitación de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses**.

Así mismo, **se concede el subrogado de la condena de ejecución condicional**, en aplicación del principio de favorabilidad, aplicándole la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, en su Art. 13 que modificó el Art. 68-A en el inciso 3° del C.P. donde se indica que *«no se conceden los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, suspensión condicional, tampoco prisión domiciliaria, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso preterintencional dentro de los 5 años anteriores»*.

En ese inciso 3° nos indica la norma que *«Lo dispuesto en este presente artículo no se aplicará, respecto a la sustitución de la detención preventiva y la sustitución de la ejecución de la pena contemplada en los numerales 2 y 3 del Art. 314 del C.P.»*. Ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y allanamiento a cargos.

En este caso, nos acogeríamos a la aplicación de esta norma por principio de favorabilidad, ese inciso 3°, pues estamos ante un preacuerdo; no obstante, al ser un delito contra la *Administración pública*, este artículo excluye esa negativa a no conceder el subrogado de la ejecución condicional de la pena, permitiendo que se dé en los preacuerdos.

4. OPOSICIÓN A LA NEGOCIACIÓN

La representante del Ministerio Público, doctora ANA ANGÉLICA ARREDONDO, se opuso a la negociación y señaló que en este caso debe improbarse el acuerdo, pues se está otorgando **dobles beneficios**, la degradación de participación de autor a cómplice y la concesión de la ejecución condicional de la ejecución de la pena.

Si verificamos la vigencia de la Ley 1474 de 2011, es a partir del 12 de julio de ese año, y, los hechos son del 1° de agosto de 2011, donde hay un requisito de naturaleza objetiva el cual es la prohibición del legislador de conceder cualquier mecanismo sustitutivo de la pena, cuando se trata de esos atentados contra la *Administración pública*.

5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado **improbó la negociación** aduciendo que en efecto hay un **dobles beneficios**, esa interpretación favorable que hace la Fiscalía iría en contravía de la tipicidad estricta.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La señora Fiscal 170 Seccional, doctora EUCARIS BERRÍO LOZANO interpuso el recurso de apelación.

Señaló que el acuerdo se presentó con base en el Art. 350 numeral 2° del C.P.P., esto es, «2. *Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*», este es el único beneficio que tendría el procesado, esto es, que para efectos de punibilidad se le reconozca esa calidad de cómplice de ese 50% de la pena, por eso se tasó en veinticuatro (24) meses de prisión.

La concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional de la pena es un derecho que le asistiría al procesado.

En los acuerdos es totalmente viable pactar no solamente la pena, sino los subrogados si proceden.

En este caso, es viable el beneficio de la condena de la ejecución condicional, pero no es algo adicional, sino un derecho.

Por lo expuesto, instó se revoque la decisión de instancia y se imparta a probación a la negociación.

7. INTERVENCIÓN DEL SUJETO NO RECURRENTE

La representante del Ministerio Público, doctora ANA ANGÉLICA ARREDONDO, indicó que debe mantenerse la decisión de no aprobación del acuerdo, porque tiene

un **doblo beneficio**, se desconocen las disposiciones del Art. 351 inciso 2° del C.P.P.

La Fiscalía está partiendo de manera errada que la suspensión condicional de la ejecución de la pena es un derecho que le asiste al procesado, cuando a partir de la vigencia expresa de la Ley 1474 de 2011 y para la fecha de los hechos ya estaba vigente esta prohibición de concesión de mecanismos sustitutivos de la pena, cuando se trate de delitos contra la *Administración pública*.

La Ley 1474 de 2011 no permite de manera objetiva la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El *iudex a quo* concedió el recurso de alzada.

8. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Decisión Penal dará respuesta a los planteamientos de la censora.

9. VARIAS RAZONES CONCITAN EN CONTRA DE LA APROBACIÓN DEL ACUERDO

Varias razones concitan en contra de la aprobación del acuerdo, algunas de las cuales podrían haber tenido pronta solución a través de una adecuada dirección de la audiencia por parte del juez de instancia.

9.1 MODALIDAD DE PREACUERDO CON DEGRADACIÓN ADOPTADA POR LAS PARTES EN EL *SUB LITE*

Es el que surge cuando el implicado se declara «*culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor*» (inciso 2° artículo 350, C.P.P.), a cambio de que el fiscal del caso «*tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*» (numeral 2°, inciso segundo, artículo 350 C.P.P).

Esta modalidad de negociación no es relacionada con la modificación de la adecuación típica de la conducta, sino con una alternativa atinente a «*un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer*»¹.

¹ Respecto de este tópico, debe recordarse que la Corte ha considerado que pueden ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas: «*el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas pos delictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y*

La circunstancia que facilita la degradación punitiva equivale a una fracción de la sanción por una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena.

Para el preacuerdo se acepta la culpabilidad por el delito preacordado típicamente, se indica el beneficio con la frase «*a cambio de que el fiscal*» y enuncia seguidamente como posibilidades, entre otras, la de la tipificación de la conducta que implique una pena menor.

La circunstancia o modalidad debe respetar los elementos básicos estructurales y mantener la identidad del núcleo rector, por lo que le queda prohibido al funcionario judicial desconocer el marco mínimo de la legalidad².

Para efectos de las negociaciones, cuando la misma versa sobre variaciones en torno al mismo delito imputado, la Fiscalía puede modificar la adecuación típica reestructurando la conducta punible en cualquiera de sus categorías dogmáticas, con el específico propósito de incidir en la disminución de la pena³.

Se negocia un instituto de la parte general, sencillamente porque en la imputación fáctica y jurídica, precisa, clara, correcta y detallada como presupuesto de la negociación, esas circunstancias más favorables, en tema de punibilidad, no existen (fáctica, jurídica ni probatoriamente), razón por la cual no se requiere ni siquiera un mínimo de pruebas sobre la circunstancia negociada.

9.2 EN LA MODALIDAD DE DEGRADACIÓN NO SE VARÍAN LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

En esta modalidad de negociación no se varían los hechos jurídicamente relevantes, los cuales permanecen incólumes.

Es decir, si se degrada de autor a cómplice, la condena será por autoría con la pena que corresponde al cómplice, y los hechos imputados, esto es, los hechos jurídicamente relevantes no varían⁴.

En CSJ SP 2295–2020, 8 julio 2020, rad. 50.659 y CSJ AP 744-2022, rad. 59.529 de 23 febrero 2022, la Corte clarificó que, si bien las partes pueden utilizar como herramienta de negociación una calificación jurídica diversa a la que legalmente corresponde, ello ha de verse reflejado en la imposición de la sanción penal, donde se concreta el beneficio, pero no en la declaratoria de responsabilidad penal.

9.3 ALGUNAS MODALIDADES DE ESTA ESPECIE DE NEGOCIACIÓN

jurídica». Cfr. CSJ SP, 14 diciembre 2005, rad. 21.347; CSJ SP, 10 mayo 2006, rad. 25.389; CSJ SP 20 noviembre 2013, rad. 41.570; CSJ SP 468-2020, rad. 53.037 de 19 febrero 2020; CSJ AP 1280-2023, rad. 59.037 de 17 mayo 2023.

² Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad*, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Escuela Judicial *Rodrigo Lara Bonilla* y Universidad Militar, Bogotá, marzo 2010, p. 161.

³ CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016, Salvamento de voto.

⁴ CSJ AP 3757-2021, rad. 55.141 de 25 agosto 2021.

El preacuerdo puede comprender el reconocimiento de algunos institutos de la parte general del Código Penal que degradan la responsabilidad y la respuesta punitiva (**degradación de la conducta típica**), tales son a modo de ejemplo:

Artículo 27, tentativa; artículo 30, partícipes (cómplice⁵ e interviniente); inciso 2° numeral 7° Artículo 32, exceso en los límites propios de las causales 3°, 4°, 5°, 6° y 7ª de ausencia de responsabilidad⁶; numerales 10 y 11 del artículo 32, errores vencibles de tipo (para punible culposo o del tipo privilegiado) y de prohibición o de licitud (la pena se rebaja en la mitad)⁷; numeral 12 del artículo 32, error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad⁸; artículo 56, circunstancias de marginalidad⁹, ignorancia o pobreza extremas¹⁰; artículo 57, ira o intenso dolor¹¹; artículo 62, comunicabilidad de circunstancias¹². También por reconocimiento de atenuantes específicas (por ejemplo, Art. 171 del C.P. para el delito de secuestro), etc.

9.4 NO SE HIZO UNA ADECUADA Y CORRECTA REBAJA DE SANCIÓN DE TODAS LAS PENAS

En principio no hay inconveniente en la modalidad pactada por las partes, esto es, la degradación, como ficción jurídica y para efectos punitivos, de autor a cómplice.

Las partes acordaron la pena mínima de la complicidad con respecto al autor (inciso 3°, Art. 30 del C.P.), que permite la degradación de la pena a la mitad en el mínimo (Art. 60 numeral 5, C.P.).

El delito por el cual se procede es el 407 del Código Penal, que con el incremento de penas del Art. 14 de la Ley 890 de 2004, es así:

⁵ CSJ AP, 20 noviembre 2013, rad. 41.570; CSJ STP 17226-2014, rad. 76.549 de 16 diciembre 2014; CSJ STP 4470-2015, rad. 79.041 de 16 abril 2015; CSJ SP 3103-2016, rad. 45.181 de 9 marzo 2016; CSJ STP 3081-2016, rad. 84.761 de 10 marzo 2016; CSJ STP 3998-2016, rad. 84.886 de 31 marzo 2016; CSJ SP 7100-2016, rad. 46.101 de 1° junio 2016; CSJ SP 0001-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016; CSJ SP 747-2017 de 25 enero 2017, rad. 48.293, en esta última, la negociación se presentó al inicio del juicio oral y público; CSJ SP, 25 enero 2017, rad. 48.293 CSJ STP 1583-2017, rad. 90.162 de 9 febrero 2017; CSJ SP 3723-2018, rad. 51.551 de 5 septiembre 2018; CSJ SP 4395-2018, rad. 52.960 de 10 octubre 2018; CSJ AP 4716-2018, rad. 52.811 de 31 octubre 2018; CSJ SP 4776-2018, rad. 51.100 de 5 noviembre 2018; CSJ SP 338-2019, rad. 47.675 de 13 febrero 2019; CSJ SP 2073-2020, rad. 52.227 de 24 junio 2020; CSJ SP 2295-2020, rad. 50.659 de 8 julio 2020; CSJ STP 14844-2021, rad. 119.860 de 21 octubre 2021; CSJ AP 744-2022, rad. 59.529 de 23 febrero 2022.

⁶ CSJ SP, 14 diciembre 2005, rad. 21.347; CSJ AP rad. 25.389 de 10-05-06; CSJ AP rad. 34.829 de 27-04-11; CSJ SP, 20 noviembre 2013, rad. 41.570; CSJ SP 4860-2019, rad. 46.401 de 6 noviembre 2019; CSJ SP 468-2020, rad. 53.037 de 19 febrero 2020.

⁷ CSJ AP rad. 25.389 de 10-05-06; CSJ AP rad. 34.829 de 27-04-11.

⁸ CSJ AP rad. 25.389 de 10-05-06; CSJ AP rad. 34.829 de 27-04-11.

⁹ Algunas Salas de Decisión de Tribunal Superior exigen elementos materiales probatorios y evidencia física que permita inferir las condiciones de marginalidad, ignorancia o extrema pobreza. Cfr. Tribunal Superior de Bogotá, Sala integrada por los magistrados Alberto Poveda Perdomo, Luis Fernando Ramírez Contreras y Ramiro Riaño Riaño; decisiones *ad quem* de 10 diciembre 2015 y 26 mayo 2016.

¹⁰ CSJ STP 2327-2016, rad. 84.228 de 25 febrero 2016; CSJ STP 4698-2016, rad. 85.074 de 13 abril 2016; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018; CSJ AP 3211-2020, rad. 54.087 de 18 noviembre 2020.

¹¹ CSJ SP 13939-2014, rad. 42.184 de 15 octubre 2014; CSJ SP, 14 junio 2017, rad. 47.630; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018; CSJ SP 468-2020, rad. 53.037 de 19 febrero 2020.

¹² CSJ AP rad. 25.389 de 10-05-06; CSJ AP rad. 34.829 de 27-04-11; CSJ AP 1280-2023, rad. 59.037 de 17 mayo 2023.

«Artículo 407. **Cohecho por dar u ofrecer.** El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses».

Si las penas mínimas se rebajan en la mitad, que parece fue el querer de las partes, los guarismos serán así: 24 meses de pena privativa de la libertad de prisión; 33,33 smlmv; 40 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Entonces, obsérvese que las partes cometieron un yerro en los guarismos:

| PENAS CON REBAJA DEL 50% | PENAS PACTADAS |
|--|--|
| 24 meses de prisión | 24 meses de prisión |
| 33,33 smlmv de multa | 25 smlmv de multa |
| 40 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. | 80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. |

La pena pactada de 24 meses de pena privativa de la libertad de prisión está correctamente fijada.

La pena de 25 smlmv de multa no corresponde a la rebaja del 50%, está por debajo de ese guarismo.

La sanción pactada de 80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no tiene la rebaja del 50%, y también debe tener rebaja pues es una pena principal.

Por estos simples yerros el acuerdo se debe improbar, aunque los mismos, como se dijo antes, pudieron ser corregido con una adecuada dirección de audiencia por parte del juez de conocimiento.

De todas maneras, la Sala procederá al análisis de los demás aspectos objeto del recurso de apelación.

9.5 PROHIBICIÓN DE DOBLE REBAJA DE PENA COMPENSATORIA POR EL ACUERDO. EL DOBLE BENEFICIO EN LA NEGOCIACIÓN (ART. 351 INCISO 2° DEL C.P.P.)

De conformidad con la norma transcrita, no se pueden agregar dos o más rebajas de pena o beneficios compensatorios punitivos por razón de la negociación. Está prohibida por la Ley la denominada **dobles rebaja** o **dobles beneficio** (Art. 351 del C.P.P.).

No es legal un acuerdo que pase por alto los límites reseñados en la norma, como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles, se accede a una rebaja superior a la permitida o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado penal¹³.

Se debe advertir que la concesión de subrogado penal o prisión domiciliaria no es una rebaja de pena que esté contemplada en el canon 351 inciso 2°, C.P.P.

La prisión domiciliaria corresponde a un sustituto de la pena o de la medida de aseguramiento de reclusión en establecimiento penitenciario y carcelario, el cual cambia el lugar de la privación de la libertad del centro de reclusión al lugar de residencia del imputado, acusado o sentenciado, según el caso.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que este mecanismo sustitutivo «no otorga la libertad de locomoción, pero si amplía su espectro»¹⁴.

Es decir, que se puede adoptar alguna de las modalidades de negociación con la concesión de subrogado penal o prisión domiciliaria, y esto no constituirá doble rebaja de pena, sencillamente porque **el subrogado y el sustituto penal no constituyen rebaja de pena**. Es que la norma dice que debe ser un beneficio «con relación a la pena».

Pero, *vr. gr.*, cuando se acuerda la eliminación de un delito, ese será el único beneficio compensatorio o «rebaja compensatoria» por el acuerdo ya que se trata de «un cambio favorable» para el imputado «con relación a la pena por imponer» (Art. 351 inciso 2, C.P.P.), razón por la cual no se puede disminuir la pena en una proporción determinada por la aceptación el otro cargo aplicando las reglas del allanamiento; en dicha situación hay un doble beneficio prohibido por la ley¹⁵.

Un preacuerdo es ilegal cuando se modifica la adecuación típica expresada en la audiencia de imputación en el sentido de eliminar una circunstancia de agravación y adicionalmente se reconoce un descuento de pena por aceptación de responsabilidad, pues se vulnera el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, según el cual, si hubiere un cambio favorable para el imputado en relación con los hechos y sus consecuencias, tal será la única rebaja compensatoria por el acuerdo¹⁶.

Adicionalmente, debe quedar claro que la readecuación típica de la conducta no constituye beneficio adicional al preacuerdo¹⁷.

9.6 EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES

Especialmente, para efectos de la negociación se deberá observar el canon 68-A del Código Penal, y sus múltiples reformas, el cual expresa:

«Artículo 68-A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. <Artículo adicionado Ley 1142 de 2007, Art. 32; modificado Ley 1453 de 2011, Art. 28; modificado Ley 1474 de

¹³ CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-265 de 2017, sentencia T-534 de 2017.

¹⁵ CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

¹⁶ CSJ SP 9853-2014, rad. 40.871 de 16 julio 2014.

¹⁷ CSJ SP 14191-2016, rad. 45.594 de 5 noviembre 2016.

2011, Art. 13; Modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014; modificado Ley 1773 de 2016, artículo 4°. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

<Inciso modificado por el artículo 4° de la Ley 1773 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena».

Consecuente con lo anterior, el funcionario judicial al momento de analizar la procedencia del sustituto debe remitirse al artículo 68-A, inciso 2°, del Código Penal, a fin de verificar si la conducta sancionada se encuentra allí enlistada y en caso afirmativo, no podrá concederla¹⁸.

La Corte en varios pronunciamientos advierte que es indiscutible la existencia de la prohibición según la cual el subrogado del Art. 63 del Código Penal no es procedente, como tampoco la prisión domiciliaria, para quienes sean condenados por uno de los delitos relacionados en el inciso 2° del artículo 68-A del Código Penal¹⁹.

Si bien uno de los objetivos de la Ley 1709 de 2014 fue el que se utilizaran las «*penas intramurales como último recurso*», en virtud de lo cual se propuso y aprobó la eliminación de criterios subjetivos para la concesión de subrogados penales en determinadas circunstancias; ha de recordarse que el segundo inciso del artículo 68-A que excluye esa posibilidad frente a determinados delitos, fue adoptado y desarrollado por estatutos legales que respondían, por el contrario, a la necesidad de fortalecer, entre otros, los mecanismos judiciales de lucha contra determinadas formas de comportamientos criminales (la corrupción en la Ley 1474 y la delincuencia común en la Ley 1453, ambas de 2011).

La interpretación sistemática de los artículos 63 y 68-A (parágrafo 2°) del C.P. permite colegir, sin dificultad alguna, que las hipótesis en que procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena son las siguientes: (a) Que la persona sea condenada a pena inferior a 4 años de prisión, por un delito diferente a los excluidos y no tenga antecedentes; y (b) que la persona sea condenada a igual pena, tiene antecedentes dentro de los 5 años anteriores por delitos dolosos diferentes a los excluidos, y no es necesaria la ejecución de la pena según la valoración que realice el juez²⁰.

Dicha regla tiene su excepción, esto es la consignada en el parágrafo 1° del mismo artículo, según la cual «*Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código*».

Es decir, cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el artículo 38-G del Código Penal, adicionado por el Art. 28 de la Ley 1709 de 2014, no es dable negarla con fundamento en las exclusiones consignadas en el artículo 68-A del mismo estatuto, sino que deberá ceñirse a las condiciones y prohibiciones que para el mismo beneficio impone la propia norma.

De conformidad con el canon 38-G del Código Penal para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere (i) que el sentenciado haya cumplido la mitad ($\frac{1}{2}$) de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38-B del Código Penal.

¹⁸ CSJ SP 1207-2017, rad. 45.900 de 1° febrero 2017.

¹⁹ CSJ AP 3358-2015 de 17 junio, rad. 46.031; CSJ SP 11235-2015 de 26 agosto 45.927; CSJ SP 4498-2016 de 13 abril 2016, rad. 44.718; CSJ AP 082-2018, rad.51.775 de 17 enero 2018.

²⁰ CSJ AP 082-2018, rad.51.775 de 17 enero 2018.

Tal derecho debe reconocerlo el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad ($\frac{1}{2}$) del fijado en el fallo correspondiente.

No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria²¹.

9.7 SUBROGADOS Y SUSTITUTOS PENALES EN LA NEGOCIACIÓN PENAL

Podrá ser objeto de negociación la concesión o no de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 63 C.P., modificado) y la prisión domiciliaria (en alguna de sus variantes), pues se reconocen en la sentencia misma²².

Inclusive, es posible pactar de autor único a responsabilidad penal por complicidad y además pronunciarse sobre subrogado penal o prisión domiciliaria²³, lo cual no representa doble beneficio o compensación por el acuerdo.

No podrá ser objeto de negociación la libertad condicional (Art. 64 C.P., modificado) pues la misma se impone al condenado que ha cumplido una determinada parte de la sanción penal intramural o en domiciliaria²⁴, razón por la que desde la sentencia no se sabe si el implicado cumplirá o no con esa parte que condiciona el sustituto.

Puede ser objeto, entonces, de negociación las consecuencias de la conducta punible y por supuesto la ejecución de la misma como se infiere del artículo 351 numeral 2° del C.P.P., específicamente cuando señala que el preacuerdo puede versar sobre las «**consecuencias**» del hecho imputado²⁵.

Se puede negociar la concesión de subrogados y sustitutos penales **siempre y cuando se cumpla el requisito objetivo**²⁶, es decir, que estén dentro de la Ley²⁷, pues para algunas conductas punibles hay expresa exclusión de beneficios y subrogados penales (Art. 68-A Código Penal, adicionado y modificado en varias oportunidades).

10. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas se ha de confirmar el auto objeto de censura.

11. RESOLUCIÓN

²¹ CSJ SP 1207-2017, rad. 45.900 de 1° febrero 2017.

²² CSJ SP, 7 julio 1994.

²³ CSJ STP 4470-2015, rad. 79.041 de 16-04-15.

²⁴ CSJ SP, 7 julio 1994.

²⁵ CSJ SP, 4 abril 2006, rad. 24.868; CSJ SP, 1° junio 2006, rad. 24.764.

²⁶ CSJ AP 2370-2014 de 7 mayo 2014, rad. 43.523; CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

²⁷ CSJ STP 9865-2014, rad. 74.450 de 22 julio 2014.

LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, (i) **CONFIRMA**, por las razones expuestas, el auto objeto de confutación; (ii) ejecutoriado este auto se devolverá en forma inmediata el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado