



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2020 80066
Acusado	Gustavo Adolfo Vélez Llanos
Delito	Homicidio Agravado en la modalidad tentada. (Arts. 103,104 numeral 7 y 27 del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Quinto (5°) Penal del Circuito de Medellín, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación de sentencia proferida en virtud de preacuerdo. Se solicita prisión domiciliaria del Art. 38-B del Código Penal
Consecutivo	SAP-S-2023-07
Aprobado por Acta	N°027 de 9 febrero de 2023
Audiencia de exposición	Viernes, 10 febrero de 2023; Hora: 1:50 pm
Decisión	Confirma sentencia de condena
Descriptor	Prisión domiciliaria
Restrictor	Prisión domiciliaria
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, febrero diez (10) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de GUSTAVO ADOLFO VÉLEZ LLANOS

2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Es el ciudadano GUSTAVO ADOLFO VÉLEZ LLANOS, identificado con la cédula de ciudadanía N° 9'698.008. expedida en Anserma, Caldas; nacido el 17 enero 1984 en el mismo municipio; hijo de Mariela de Jesús y Mario Emilio; residente en la carrera 42-C N° 108-A-15 Barrio Popular 1, Medellín, Antioquia.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según el escrito de acusación se concretan así:

«El día domingo, 19 de enero de 2020, en el rango de las 11:00 a 11:30 a.m., aproximadamente, en el inmueble de la carrera 42

C 108-A-15, barrio Popular 1, Comuna 1 de esta ciudad de Medellín (14), GUSTAVO ADOLFO VÉLEZ LLANOS, por sí mismo y prevalido de un arma corto punzante, atacó repetidamente y de manera simultánea, a MAIDÉ LORENA IBARRA AGUIRRE, de 34 años de edad y JUAN ESTEBAN PADIERNA CIFUENTES, con 36 años, ocasionándoles heridas, así: a la primera, heridas en tórax, brazo derecho, mano izquierda y espalda en región superior izquierda, con hemotórax izquierdo, por lo que requirió toracostomía; al segundo, heridas en tórax anterior derecho a nivel del tercer espacio intercostal, heridas deltoideas y de tercer y cuarto dedos de la mano izquierda con lesión tendinosa de la parte flexora, presentando hemotórax derecho que, igualmente, ameritó toracostomía. Estas heridas, pusieron en grave peligro la vida de ambas víctimas.

GUSTAVO ADOLFO VÉLEZ LLANOS, conocía los hechos constitutivos de la infracción penal; agredió a Maidé Lorena y a Juan Esteban, causándoles heridas que pudieron producirles la muerte y quería hacerlo. Se aprovechó de la situación de indefensión (104 numeral 7), mientras éstos se encontraban acostados, vencidos por el sueño, siendo el ataque plural sorpresivo y a traición. Desarrolló un comportamiento esencialmente doloso, realizado mediante acto idóneo e inequívocamente dirigido a la consumación de los homicidios; resultado este que no se produjo por razones ajenas a su voluntad, pero poniendo en peligro, efectivamente y sin justa causa, el bien jurídico de la vida.

Al momento de ejecutar la conducta, GUSTAVO ADOLFO tenía capacidad de comprender los ilícitos y capacidad de determinarse con esa comprensión, pues tiene conciencia de que matar a una persona es conducta prohibida, por tanto, le era exigible un comportamiento ajustado a derecho».

El 11 de agosto de 2020, ante el Juzgado 24 penal municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación en contra del procesado por el delito de *homicidio agravado en la modalidad de tentativa*, en concurso homogéneo y sucesivo en dos (2) oportunidades. (Arts. 103, 104 numeral 7, y 27 del C.P.)

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

El 22 de abril de 2021 se formuló acusación

El 29 de junio de 2021 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 10 de septiembre de 2021, la señora Fiscal 6ª Seccional, doctora GLADIS IRENE FRANCO BUSTAMANTE, expone a la judicatura los términos del acuerdo, así:

«(05:58) sobre los términos del preacuerdo señora juez el acusado GUSTAVO ADOLFO VÉLEZ LLANOS debidamente asesorado por su abogado, acepta su culpabilidad penal, como autor material del delito de homicidio agravado en grado de tentativa o mejor de los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa, en virtud de los artículos 103, 104 numeral 7° en concordancia con el artículo 27 en los mismos términos como fuere realizada la imputación el día 11 de agosto del año 2020 ante el juzgado 24 penal municipal y tal como fue presentado el escrito de acusación, donde figuran, pues, se trata de un concurso, reitero, de homicidio agravado.

En consecuencia, y como resultado del preacuerdo la FGN sin alterar el núcleo fáctico de la conducta y solo como fórmula negocial, aclara **como manera de ficción** y dentro del marco legal y de las directivas de la institución, adecúa la conducta a un homicidio agravado con ira e intenso dolor según las previsiones del Art. 57 que fija, esta ira e intenso dolor, que disminuye en la mitad del máximo y no mayor de la sexta parte del mínimo.

Con ese marco punitivo que va de 2 años, 9 meses a 10 días a 18 años y 9 meses.

La Fiscalía fija la pena en 7 años respecto a la víctima MAIDE y 8 meses respecto a la víctima ESTEBAN al tratarse de un concurso de conductas punibles conforme a las previsiones del Art. 31 del C.P.

Estos son señora juez los términos del acuerdo. (07:47)

(07:48) Cabe indicar y resulta precisar que en la audiencia anterior se había planteado someramente por eso no se hizo la preparatoria de una posibilidad de indemnización; sin embargo, aunque inicialmente había un acuerdo de indemnizar en \$4.000.000, tengo entendido se hizo una transacción inicial y las víctimas fueron claras en que no se consideran indemnizadas con esa suma, por lo tanto, no hace parte del preacuerdo esa indemnización; y, en el evento se precisa porque en el evento en que se aprobara el preacuerdo pues obviamente no hace parte de esta indemnización, esa suma inicial, que aunque si hubo una expresión inicial del apoderado de víctimas que si aceptaba, luego también fue muy claro en indicar que las victimas consideraban que no era, mejor dicho, no se consideraban satisfechas sus pretensiones con esa suma de \$4.000.000. (min. 08:40)».

En resumen, la negociación consistió en la aceptación de cargos del procesado por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa conforme se acusó a cambio

se reconoce la circunstancia del Art. 57 del CP «ira e intenso dolor», **a manera de ficción y solo para efectos punitivos.**

Se pactó pena en siete (7) años y ocho (8) meses de prisión (92 meses), por el concurso.

La delegada Fiscal, aclaró que el procesado acordó con las víctimas una suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000) por concepto de indemnización, dos millones (\$2.000.000) para cada uno, lo cual en efecto consignó, pero las víctimas no se consideraron reparadas, por lo que esto no se tuvo en cuenta en la negociación.

No se acordaron subrogados penales.

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

La delegada Fiscal, doctora GLADYS IRENE FRANCO BUSTAMANTE, manifestó que el procesado no tiene antecedentes penales. La pena fue objeto de acuerdo.

En atención a los beneficios o subrogados mencionó que no tiene derecho a ellos, refirió: *«la Fiscalía cuando recurre a la figura de la ira e intenso dolor, según el Art. 57 lo hace solo como ficción; es decir, sin alterar el núcleo fáctico de la conducta, solo como fórmula negocial. En ese orden de ideas, no hay base fáctica no se hizo en un ajuste de legalidad, no se hizo como se dice en estricta legalidad y por eso no hay lugar a beneficio».*

El apoderado del implicado, doctor LUIS CARLOS LOZANO PALACIO, instó la prisión domiciliaria del Art. 38-B del C.P., y, como petición subsidiaria el sustituto penal de la prisión intramural por la domiciliaria en virtud de su calidad de padre cabeza de familia.

Resaltó que en este asunto no se endilgaron circunstancias de menor punibilidad y se cumplen los requisitos del Art. 38-B para conceder la prisión domiciliaria.

Si bien no se pactaron subrogados, instó a la judicatura proceder a analizarlos.

Se pactó una pena de noventa y dos (92) meses de prisión. El injusto penal de homicidio agravado en la modalidad tentada no hace parte del catálogo de los delitos excluidos en el Art. 68-A del Código Penal.

El arraigo social del implicado está plenamente acreditado.

No ha sido condenado por delitos dolosos dentro de los cinco (5) años anteriores.

Está dispuesto a garantizar una caución que no exceda un salario mínimo, dadas sus condiciones económicas precarias.

Sobre la posibilidad de analizar el sustituto penal de la prisión domiciliaria, refirió el profesional del derecho textualmente:

«Las consecuencias de la degradación de la participación de la conducta punible de autor a reconocerle la ira e intenso dolor a mi protegido o prohijado conforme al Art. 57 C.P., ley 599 de

2000 se debe tener en cuenta el tipo amplificador del tipo penal, estableciendo los mínimos y máximos de la pena, con lo cual no solo debe tenerse en cuenta, no solo la imposición de la pena, sino también ha de habilitarse o posibilitarse la concesión de beneficios como la prisión domiciliaria que es lo que solicita la defensa.

En el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, 31 de agosto de 2005, Rad. 27720, la colegiatura hizo una síntesis de la jurisprudencia precedente y concluyó que con relación a la exigencia objetiva aludida por conducta punible debe entenderse comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo clasifican o privilegian, entonces, el tiempo previsto 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 que deben, por tanto, deben ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta han sido señalados entre otros los dispositivos amplificadores del tipo, tales como tentativa y complicidad, la mortalidad del comportamiento previsto en la parte general del código como la marginalidad, la ignorancia o pobreza extrema, la ira e intenso dolor caso concreto en el caso que nos ocupa señor juez.

El exceso de las causales de justificación y las específicas de cada tipo penal en particular las que amplían o reducen su ámbito de punibilidad como las previstas en nuestra normatividad.

Sobre la misma temática ha puntualizado la Sala de Casación Penal, no sería equitativo que, para tales efectos, solamente se tenga en cuenta las circunstancias agravantes específicas, pues al igual que estas la complicidad, la tentativa, la ira e intenso dolor entre otros, dispositivos amplificadores hacen parte de la figura delictiva y no existe razón para ignorarlas al momento de entrar a considerar la posibilidad de sustituir la función intramuros por la domiciliaria.

Además de lo anterior, no puede olvidarse que la prisión domiciliaria alude a la ejecución de la pena y esta es una decisión que se ha tomado con la precisión de todas las circunstancias que rodean el hecho, razones más para estimar que cuando la norma habla de conducta punible no excluye aquellas modalidades del comportamiento que amplían o reducen el ámbito de punibilidad.

Ahora bien, su señoría, hablemos de tener en cuenta la sentencia de la CSJ, SP en donde se alude al *sub judice* en cuanto se habla de las cláusulas del pacto, no se encuentra el otorgamiento de la privación de la libertad en la residencia del acusado pero de ello de ninguna manera impide que la judicatura evalúe la posibilidad de acceder a esta; por tanto, la

negativa categoría del *ad quem* constituye una violación directa de la ley sustancial que merece correcciones en sede extraordinaria, tal prohibición no está contenida en los textos que regulan el preacuerdo.

El delito no está contenido dentro de las prohibiciones del Art. 68».

Por lo anterior, solicitó se conceda la prisión domiciliaria en la residencia del procesado.

Como petición subsidiaria, solicitó la concesión de la prisión domiciliaria en virtud de su calidad de padre cabeza de familia, pues tiene 2 hijos menores de edad y conviven con su progenitora, es soltero, se encuentra en libertad, reside en la calle 109 con la calle 46 N° 36, en el barrio Andalucía de Medellín, teléfono 3014496898-3008655594; trabaja en construcción. Igualmente, solicitó permiso para trabajar.

Dio traslado a los elementos materiales probatorios en los que soporta su pretensión.

6. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 26 de abril de 2022, el *iudex a quo* dictó sentencia por medio de la cual condenó a GUSTAVO ADOLFO VÉLEZ LLANOS a la pena de siete (7) años y ocho (8) meses de prisión (92 meses), por el concurso de delitos por el que se acusó.

No concedió subrogados, ni sustitutos penales.

Los argumentos para negar la solicitud de prisión domiciliaria fueron los siguientes:

«Al respecto habrá de indicarse, que no obstante que el abogado defensor sostener que en el presente caso, el reconocimiento de la circunstancia de ira e intenso dolor modifica los extremos punitivos de la conducta endilgada al señor VÉLEZ LLANO y debido a ello cumple con el primer requisito del artículo 38-B, esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos, lo cierto del caso es que el preacuerdo celebrado entre las partes **no cambia los hechos jurídicamente relevantes**, es decir, no implica una variación de la base fáctica y por lo tanto no resulta improcedente ampliar sus efectos hasta donde pretende la defensa.

Conviene aclararle al abogado defensor que en el caso objeto de análisis la aplicación de la figura de la *ira o intenso dolo* únicamente se hace para efectos de rebaja punitiva como contraprestación a la aceptación de cargos, ello en concordancia con lo planteado por la honorable C.S.J. en SP 359-2022 rad. 54535 del 16 de febrero del 2022 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya y Gerson Chaverra Castro; cuando refiere: “Es permitido a la Fiscalía tipificar la conducta con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar, no imputar, excluir,

alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darle a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda, la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, en esa medida la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le correspondan al delito realmente cometido.”».

7. RECURSO DE APELACIÓN

El abogado del implicado, apeló la decisión **solicitó analizar y conceder la detención domiciliaria del Art. 38-B** del Código Penal, pues en su sentir «*la norma habla de conducta punible no excluye aquellas modalidades del comportamiento que amplían o reducen el ámbito de punibilidad CSJ SP 15-09-2004. Rad. 19948, reiterada CSJ SP 18-11-2018 Rad. 30539, CSJ. Rad. 42623-2014, Rad. 33409 septiembre 3 de 2014, Rad 46684 noviembre 23 de 2016*»

Enfatizó que, no se opone a la decisión de responsabilidad penal en contra de su representado, su inconformidad radica en la no concesión del sustituto penal.

8. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos del impugnante.

9. 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.

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**».

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

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».

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.

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.

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» (art. 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».

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.

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

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.

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

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».

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.

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

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 degradada 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. «11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar. «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).
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.

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.

Por ejemplo, cuando se pacta degradación con reconocimiento de la circunstancia de ira o intenso dolor, etc.
En general las penas accesorias del canon 43 del C.P. se deben imponer, con la debida y adecuada motivación (Art. 59 C.P.).
Ejemplo, « <i>la pérdida del empleo o cargos público</i> » en casos de corrupción según el delito realmente cometido, etc.
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.
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.
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 penal ¹² .
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.).
La sustitución de la prisión domiciliaria tendrá en cuenta la pena del delito realmente cometido.
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.).

En el *sub lite*, fue clara la delegada Fiscal al momento de exponer los términos de la negociación que esta se presentaba «**como manera de ficción**» a efectos de obtener una rebaja de pena; empero, sin alterar el núcleo fáctico de la conducta, lo cual aceptaron tanto el procesado como el 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 autor de infracción del delito de *homicidio agravado en la modalidad de tentativa*, en concurso homogéneo y sucesivo en dos (2) oportunidades. (Arts. 103, 104 numeral 7, y 27 del C.P.), **cuya pena mínima es muy superior a ocho (8) años o 96 meses**.

El numeral 1° del Artículo 38-B del C.P expresa: «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*».

Es por esa potísima razón que no procede el subrogado penal que reclama la defensa.

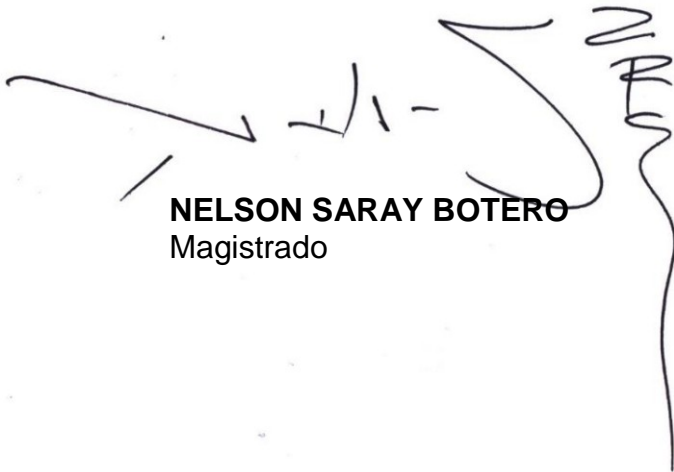
11. CONCLUSIÓN

No hay lugar a la concesión de la prisión domiciliaria, por las razones expuestas.

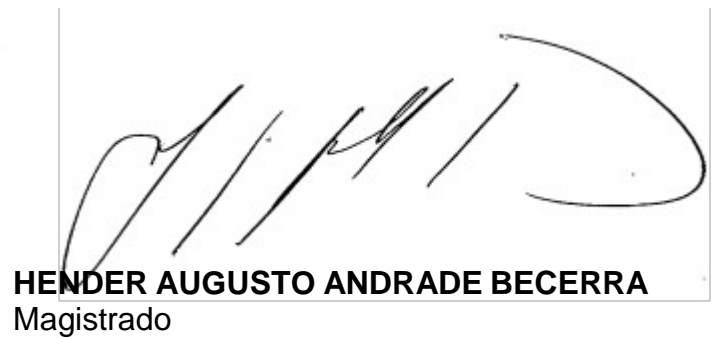
¹² CSJ AP 3757-2021, rad. 55.141 de 25 agosto 2021.

12. 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 del ciudadano GUSTAVO ADOLFO VÉLEZ LLANOS, por las razones expuestas; **(ii)** se niega la pretensión de prisión domiciliaria, por las razones expuestas; y, **(iii)** contra esta sentencia procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado