



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 248 2018 06303
Acusado	Fabián Humberto Araque González
Delitos en concurso (Art. 31 del C.P.)	Falsedad en documento privado (Art. 289 del C.P.) Obtención en documento público falso agravado por el uso (Art. 288 y 290 Inc. 1° del C.P.). Estafa Agravada (Art. 246, 247 numeral 1° y 267 numeral 1° del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Veinticinco (25) Penal del Circuito de Medellín, Antioquia.
Asunto	Apelación de sentencia proferida en trámite de audiencia de preacuerdo.
Consecutivo	SAP-S-2023-35
Aprobado por Acta	N°269 de 30 de octubre de 2023
Audiencia de exposición	Martes 31 de octubre de 2023; Hora: 2:00 pm
Decisión	Se confirma condena. Se concede subrogado del Art. 63 del C.P., modificado.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, octubre treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de FABIÁN HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ.

2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Es el ciudadano FABIÁN HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía N° 71.634.686 expedida en Medellín, Antioquia; nacido el 25 octubre 1972 en el mismo municipio; unión libre con ADRIANA MARÍA SABOGAL ARÉVALO; residente en la vereda Palo Grande Alto, finca Villa Adriana, Salento, Quindío. Teléfono: 3165327352.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según el escrito de acusación se concretan así:

«Se origina la actuación en denuncia instaurada el 23-02-2018 por ALBA ROCIO GRISALES c.c. 43051446 por conducto de apoderado Dr DANIEL GOMEZ MOLINA, y por denuncia de actuación CONEXADA de RUBY MARIA CORDOBA PEREA c.c. 43.599.718 de 26-10-2018 obrando como Representante Legal de la Cooperativa para el desarrollo comunitario COODESCOM, mediante las cuales de manera similar relatan que para el año 2013 el Representante Legal de ésta sociedad era FABIAN HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ quien falseó el acta No 76 de 21 de noviembre de 2013 de la Reunión del Consejo de Administración de la Cooperativa, por cuanto incluyó a ALBA ROCIO GRISALES quien no estuvo presente puesto que estaba en el exterior para lo cual aportó copias del pasaporte y también incluyó en dicha acta a MARIA DEL ROSARIO RESTREPO, cuando ella había renunciado y no volvió a la Cooperativa desde hacía más de un año. Que en esa acta entre otras decisiones se le otorgaban facultades a FABIAN HUMBERTO para que vendiera trasladando a una persona natural e hipotecara por un monto de \$300.000.000 el 50% de la propiedad que tenía COODESCOM sobre el inmueble de la carrera 83 No 95-139 de Medellín, inmueble con matrícula inmobiliaria 01N-297609, y no 7209 como se había relacionado inicialmente, ya que incluso el acta contiene ese mismo error. En esa acta se relacionó a ALBA ROCIO GRISALES y MARIA DEL ROSARIO RESTREPO presentes como miembros del Consejo de Administración entre otras personas y se dijo que existió quorum incluso se nombró como presidente a ALBA ROCIO GRISALES ...y aparece firmando el acta ALBA ROCIO GRISALES y BIBIANA MARIN MARIN.

Se aclara que FABIAN HUMBERTO ARAQUE ya tenía escriturado el 50% sobre ese bien desde la escritura pública No 365 de febrero 28 de 2013 de la Notaría 15 de Medellín y por medio de la escritura pública No. 5021 de 22 de noviembre de 2013 de la Notaría 16 de Medellín, con base en el acta señalada como espúrea, como representante legal de COODESCOM se transfirió a sí mismo como persona natural el otro 50% quedando como único propietario de la totalidad del bien sin serlo realmente y mediante escritura pública No 5002 de 22 de noviembre de 2013 también de la Notaría 16 de Medellín, hipotecó el inmueble referido en favor de MARTA CECILIA RESTREPO SIERRA y FRANCISCO LEON RESTREPO SALDARRIAGA por valor de \$230.000.000. Con fundamento en esa hipoteca el bien fue embargado y se encontraba para remate.

Se ordenó por Juez de garantías la suspensión del poder dispositivo y posteriormente la cancelación de registro fraudulento de esas escrituras de venta e hipoteca.

Es necesario indicar que se aporta escritura pública 1241 de 7 de julio de 2017 de la Notaría 9 de Medellín, mediante la cual FABIAN HUMBERTO ARAQUE otorga poder a COODESCOM

para que venda el inmueble que figura a su nombre y de esta manera revertir el hecho».

El 25 de mayo de 2022 ante el Juzgado 13 penal municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad, se declaró contumaz y se formuló imputación, así:

«por el concurso heterogéneo de delitos de Falsedad en documento privado del Art. 289 del Código Penal, por falsificar documento privado que pueda servir de prueba y lo use, en calidad de determinador de la falsedad y autor del uso a título de dolo, delito que tiene pena de prisión de 16 a 108 meses en relación con el acta N°76 de reunión del consejo de administración de 21 de noviembre de 2013 con la relación de dos personas que afirmaron y adjuntaron elementos de no haber estado en dicha reunión ALBA ROCIO GRISALES OROZCO y MARIA DEL ROSARIO RESTREPO, los delitos en concurso real y material de OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO AGRAVADO POR EL USO, conducta descrita en los artículos 288 y 290 inciso 1° del Código Penal, para el que obtenga documento público falso que pueda servir de prueba induciendo en error a un servidor público en ejercicio de sus funciones haciéndole consignar una manifestación falsa, incurrirá en prisión de 48 a 108 meses, pues en este caso se obtuvo la escritura pública 5022 de noviembre 22 de 2013 Notaria 16 de Medellín con contenido falso, pues no tenía autorización para este acto de venta COODESCOM a favor de FABIAN HUMBERTO ARAQUE G.

Así mismo, respecto a la obtención de la escritura pública N°5022 de 22 de noviembre de 2013 de la Notaria 16 de Medellín Hipoteca de Fabián a favor de MARTHA C. RESTREPO SIERRA y FRANCISCO LEON RESTREPO SALDARRIAGA, como la conducta se agrava por el uso conforme al artículo 290 Inciso 1°, al llevarse a Registro de Instrumentos Públicos y registrarse, el 26-11-2013 en Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Norte de Medellín en Matricula Inmobiliaria N° 01N -297609, la pena se incrementa hasta la mitad por la agravante mencionada.

Suman 54 meses a los 108 para un total de 48 a 162 meses de prisión.

Esta conducta en calidad de autor a título de dolo, en concurso heterogéneo con el delito de ESTAFA del Art. 246 del CP, para el que obtenga provecho ilícito para si o para un tercero, con perjuicio ajeno induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños incurrirá en prisión de 32 a 144 meses y multa de 66.66 a 1.500 SMMLV, AGRAVADO conforme al Art. 247 N° 1 por tratarse de inmueble relacionado con vivienda de interés social lo que implica pena de 64 a 144 meses de prisión y AGRAVADO también conforme al Art. 267 N°1 por cuanto la cuantía sobre pasa los 100 SMMLV que aumenta la pena de una tercera (1/3) parte a la mitad (1/2), por

cuanto el inmueble valía según la escritura pública de venta \$253.318.000 para quedar en definitiva de 89.3 meses a 216 meses de prisión y multa de 88.88 a 216 SMMLV».

4. TÉRMINOS DEL ACUERDO

En trámite de la audiencia de formulación de acusación, las partes informaron a la judicatura que habían llegado a un acuerdo, así:

El procesado acepta las conductas de *Falsedad en documento privado* (Art. 289 del C.P.), *Obtención de documento público falso agravado por el uso* (Arts. 288 y 290 inciso 1° del C.P.) y *Estafa agravada* (Art. 247 y 267 del C.P.), ello con el objetivo de disminuir pena, por lo que **se pacta sanción en cuarenta y cinco (45) meses de prisión** y multa de 88 smlmv, esto teniendo en cuenta que siendo autor y determinador, se le aplicará la rebaja máxima del 50%, **como si fuese cómplice**, figura utilizada solo para efectos punitivos.

El *iudex a quo* aprobó la negociación.

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

El delegado Fiscal, doctor FRANCISCO HERNANDO JAIMES, manifestó que el procesado cuenta con una sentencia de condena proferida por el juzgado 30 penal del circuito de esta ciudad, de fecha 4 de septiembre de 2017, por el delito de *Urbanización ilegal* y donde se impuso una pena de 24 meses de prisión y multa de 10 smlmv, se le concede la suspensión condicional de la pena por el mismo lapso de la pena principal; es decir, que el implicado cuenta con un antecedente, pero deja a criterio del despacho la concesión de subrogados.

La apoderada de víctimas, MARÍA CLAUDIA CORTÉS, manifestó que deja a criterio del despacho la concesión de subrogados y beneficios.

El apoderado de víctima, doctor JHON FREDY REINOSO CASTAÑEDA, solo acotó que acoge la decisión de la judicatura.

El representante del Ministerio Público, doctor TOMÁS FLORENTINO SERRANO SERRANO, señaló que se impuso la pena acordada, y deben concederse los subrogados penales; siempre y cuando, se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos. Agregó que debe revisarse el estado de salud del procesado.

El abogado del implicado, doctor SERGIO NOVOA RESTREPO, elevó dos solicitudes. Inicialmente, solicitó se conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con base en el Art. 63 modificado por el art. 29 de la ley 1709 de 2014, puesto que su prohijado cumple con los requisitos para concederse así:

Primero, la pena impuesta no excede de 4 años.

Segundo, los delitos por los cuales fue condenado el procesado no se encuentran enlistados en el Art. 68 del C.P.

Tercero, es cierto que el procesado fue condenado en el año 2017, imponiéndose una pena de 24 meses, pero ya pasaron más de los 5 años, como lo exige la disposición; además, conforme a los elementos materiales probatorios aportados, se comprueba que el procesado tiene una enfermedad renal crónica, le tienen que realizar diálisis de trece (13) horas diarias; es decir, no está en capacidad de soportar una medida de prisión en un centro carcelario.

Además, reside con su esposa ADRIANA MARÍA SABOGAL ARÉVALO en el municipio de Salento, en el departamento del Quindío.

De ahí, los antecedentes personales y familiares dan cuenta que puede concederse la suspensión de la ejecución de la pena.

De manera subsidiaria; y, en el caso que no se conceda la petición anterior, instó se otorgue la prisión domiciliaria por grave enfermedad del Art. 68 del C.P., *«esto en el entendido que el señor FABIÁN HUMBERTO ARAQUE se encuentra padeciendo una enfermedad renal crónica, es un paciente que está pendiente por un trasplante de riñón, le tienen que realizar, como lo dije anteriormente diálisis de 13 horas diarias, por lo tanto, no está en condiciones de ser recluido en un centro penitenciario y carcelario por su actual enfermedad, dicha pena sería a cumplir en la vereda Palo Grande, Alto Villa Adriana, perteneciente al municipio de Salento, Quindío, donde allí el señor FABIÁN HUBERTO ARAQUE reside con su compañera permanente la señora ADRIANA MARIA SABOGAL AREVALO. Estas son las peticiones que elevo al despacho»*.

6. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El *iudex a quo* profirió sentencia condenatoria en contra de FABIÁN HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ imponiendo una pena de cuarenta y cinco (45) meses de prisión y 88 smlmv para el año 2023, por las conductas endilgadas.

Concedió la prisión domiciliaria del Art. 38 del C.P., teniendo en cuenta que la pena mínima por el punible más grave no supera los cinco (5) años de prisión; y, según dan cuenta los elementos aportados por la defensa, es posible concluir que el sentenciado no pondrá en peligro a la comunidad, ni evadirá el cumplimiento de la pena.

7. RECURSO DE APELACIÓN

El abogado del implicado, doctor SERGIO NOVOA RESTREPO, apeló la decisión frente a la negativa de la suspensión de la ejecución de la pena del Art. 63 del Código Penal.

Para el despacho no se cumple con el requisito objetivo *«1° Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años»*.

La conducta punible fue realizada en el año 2013 y para esa época el numeral 1° del Art. 63 del C.P. requería que la pena de prisión no excediera de tres (3) años, en la actualidad esta norma fue modificada por el Art. 29 de la Ley 1709 de 2014,

quedando en el numeral 1° «1° Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años».

Es decir, el requisito objetivo pasó de 3 a 4 años.

Ahora, si bien es cierto que la conducta punible se cometió desde el año 2013 y para ese momento el numeral 1° del Art. 63 exigía como requisito objetivo que la pena no exceda de los tres (3) años de prisión; también, es cierto que amparado en el Art. 29 de la C. Nal. en su inciso 3° es claro que «*en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*».

En este evento, no se puede tener en cuenta, como lo hizo el juez de primer grado, el Art. 63 en su numeral 1° para el año 2013, se debe tener en cuenta la normatividad vigente, porque es más favorable para el procesado y que contempla que la pena de prisión no exceda los 4 años.

En ese orden, se cumpliría el requisito objetivo para conceder la suspensión de la ejecución de la pena.

Por lo anterior, solicitó se conceda a favor de su prohijado dicho beneficio.

8. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

El delegado Fiscal, doctor FRANCISCO HERNANDO JAIME, señaló que, de analizarse el Art. 63 del C.P. vigente por favorabilidad, tendría entonces que revisarse el numeral 3° de dicha disposición que contempla: «*si la persona condenada tiene antecedentes penales por el delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena*»

Y, como se refirió el procesado cuenta con un antecedente penal.

Los apoderados de víctimas no hicieron pronunciamiento alguno.

El representante del Ministerio Público, doctor TOMÁS FLORENTINO SERRANO SERRANO, dice que la solicitud de la defensa debe ser acogida apoyado en virtud del principio de favorabilidad; además, el procesado padece de una enfermedad grave, lo cual también debe tenerse en cuenta.

8. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos de la impugnante y de los sujetos procesales no recurrentes.

El problema jurídico a resolver es si en el *sub judice* procede la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena del Art. 63 del Código Penal a favor del procesado, como lo reclama el censor.

9. ACOTACIONES RELEVANTES

Se consignó en el escrito de acusación como fecha de los hechos el año 2013.

La pena impuesta en la sentencia es de 45 meses; o que es lo mismo 3 años, 9 meses.

El *iudex a quo*, conforme a la fecha de los hechos analizó los subrogados penales así:

Concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural prevista en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000. «1. *Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos*».

Pero negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrada en el Art. 63 de la Ley 599 de 2000, por no cumplir con el requisito objetivo: «1. *Que la pena impuesta sea de prisión **que no exceda de tres (3) años***».

Ahora, el defensor solicita se dé aplicación por favorabilidad al Art. 63 modificado por el art. 29 de la ley 1709 de 2014, norma vigente o actual.

Empero, el delegado Fiscal, comunicó que, de acogerse a ello, deben analizarse entonces el requisito 3° de la norma vigente, el cual no cumple el sentenciado, pues cuenta con un antecedente penal.

10. LOS SUBROGADOS PENALES EN EL PROCESO

El término *subrogar*, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Por tanto, subrogado es equivalente a sustituto o mecanismo sustitutivo.

En el ordenamiento jurídico vigente están contemplados como subrogados o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad: la suspensión de la ejecución de la pena (Art. 63 Código Penal), la libertad condicional (Art. 64 Código Penal), la prisión domiciliaria (en sus distintas modalidades: arts. 38 B y 38 G del Código Penal) y la sustitución de la ejecución de la pena contemplada por el artículo 461 de la Ley 906 de 2004. En virtud de los dos primeros la privación de la libertad (sea en establecimiento penitenciario o en el domicilio) se sustituye por un período de prueba, al cabo del cual, si se cumplen todas las obligaciones impuestas, se declara la extinción de la sanción o, en caso contrario, se ejecuta la misma, en lo que fue motivo de suspensión. Los restantes comportan el cambio del lugar de reclusión (de la cárcel al domicilio o a un hospital), manteniendo la restricción de la libertad¹.

Los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión que se conceden a las personas que han sido condenadas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador.

¹ Corte Constitucional, sentencia C-679 de 19 noviembre 1998; CSJ STP 8442-2015, rad. 80.488 de 2 julio 2015; CSJ AP 234-2017, rad. 48.127 de 25 enero 2017.

De acuerdo con la legislación penal, son subrogados penales, principalmente²: (i) la suspensión de la ejecución de la penal o condena de ejecución condicional (Art. 63 C.P., modificado), (ii) la libertad condicional (Art. 64 C.P., modificado), y (iii) reclusión hospitalaria o domiciliaria, y prisión domiciliaria

La Corte Constitucional, en sentencia T-019 de 20 enero 2017, expresó que los subrogados penales son medidas sustitutivas de las penas de prisión y arresto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el legislador, y tales son: 1) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, 2) la libertad condicional,³ 3) reclusión hospitalaria o domiciliaria,⁴ y prisión domiciliaria⁵.

Son subrogados, por esencia, la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, por tratarse de alternativas al cumplimiento intramural de la condena impuesta luego de agotarse un proceso como es debido, noción que no es extensiva a la prisión domiciliaria en tanto la misma acarrea restricción física en la residencia del sentenciado⁶.

Los subrogados penales son un derecho⁷ del condenado siempre y cuando se verifiquen los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido⁸.

Los subrogados obedecen a una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva, son una forma de evitar que los condenados a pena privativa de la libertad permanezcan en los centros de reclusión, con la finalidad de aplicar, en concreto, la función de reinserción de la pena. El fundamento que inspira los subrogados penales es el derecho del sentenciado a su resocialización, a rectificar y readecuar su conducta al estándar que el legislador ha previsto como de obligatorio cumplimiento para la convivencia en sociedad, buscando no excluirlo de ella, sino propiciando su reinserción a la misma⁹.

En virtud del **principio de favorabilidad de la ley penal, será aplicable al sentenciado**, aquella normativa íntegra que le resulte más benigna a sus intereses según cada caso en particular¹⁰.

Si los requisitos impuestos por el legislador no se cumplen, es evidente que el juez competente, el de conocimiento al dictar sentencia en tema de la condena de ejecución condicional de la pena (Art. 63 C.P.), y el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en tema de libertad condicional (Art. 64 C.P.), no puede conceder tales subrogados, pues su **competencia está limitada por lo dispuesto en la Ley** (principio de legalidad).

En el marco del Estado social de derecho, la pena como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (Art. 4° inciso 1° Código Penal), debe

² Corte Constitucional, sentencia C-679 de 19 noviembre 1998.

³ Corte Constitucional, sentencia C-806 de 2002.

⁴ Artículos 68 C.P.

⁵ Artículo 38 del C.P.

⁶ CSJ AP 234-2017, rad. 48.127 de 25 enero 2017.

⁷ CSJ SP, 24 abril 1992; CSJ AP 234-2017, rad. 48.127 de 25 enero 2017.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-679 de 19 noviembre 1998.

⁹ CSJ AP 3348-2022, rad. 61.616 de 27 julio 2022; CSJ STP 11274-2022, rad. 125.951 de 30 agosto 2022.

¹⁰ CSJ SP 3805-2021, rad. 57.836 de 18 agosto 2021; CSJ AP 5871-2021, rad. 59.900 de 9 diciembre 2021.

ser *necesaria, útil y proporcionada*¹¹; esto significa que, si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado¹².

En términos del tratadista Luigi Ferrajoli el «*argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas es (...) el principio moral de la persona humana, enunciado por Beccaria y por Kant con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un "medio" o "cosa", sino siempre como un "fin" o "persona (...)* Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y cantidad de la pena. (...) Resulta por eso un argumento no sólo pertinente sino decisivo e incondicionado a favor de la humanidad de las penas, en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona»¹³.

Como lo ha expresado la Corte Constitucional, «*lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en la sociedad*».

11. MARCO NORMATIVO DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El artículo 63 del Código Penal ha tenido el siguiente desarrollo legislativo:

ARTÍCULO 63 CP 2000	ARTÍCULO 63 CP, MODIFICADO POR EL ART. 29 DE LA LEY 1709 DE 2014
<p>Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años. 2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de 	<p>Artículo 29. Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-596 de 1992.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-679 de 19 noviembre 1998.

¹³ Ferrajoli. Luigi. *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 395-396.

<p>que no existe necesidad de ejecución de la pena.</p> <p>La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.</p> <p><Inciso adicionado por el artículo 4 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.</p> <p>El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.</p>	<p>2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1° de este artículo.</p> <p>3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.</p> <p>La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.</p> <p>El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.</p>
---	--

La primera de las normas (artículo 63 original de la Ley 599 de 2000) establecía como requisitos para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, uno de carácter objetivo, el otro subjetivo, así: (i) pena de prisión que no excediera los 3 años y que (ii) los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad del delito, fueran indicativos de la no necesidad de la ejecución de la sanción¹⁴.

La segunda de las normas (artículo 63 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014) exige: (i) pena de prisión que no exceda los 4 años, (ii) carencia de antecedentes penales y (iii) no estar el delito por el cual se procede, en el listado contenido por el artículo 68-A, inciso 2°, del Código Penal.

De poseer el condenado antecedentes penales por delito doloso cometido dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder el sustituto de la pena privativa de la libertad, cuando «*los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena*».

¹⁴ CSJ SP 3805-2021, rad. 57.836 de 18 agosto 2021.

Los presupuestos procesales para acceder a algún subrogado se rigen por la ley vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, para lo cual es preciso acudir a la sentencia que es la que ofrece los elementos de juicio necesarios para definirla¹⁵.

12. EL SUBROGADO DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El instituto denominado en la actualidad «*Suspensión de la ejecución de la pena*», antes «*Suspensión condicional de la ejecución de la pena*» consagrado en el artículo 63 del Código Penal, únicamente exige el cumplimiento del requisito objetivo¹⁶.

Los numerales 1 y 2 artículo 63 del C.P., modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, contemplan aspectos objetivos.

El primero está relacionado con el monto de la pena impuesta, no la prevista de manera abstracta en el tipo penal. Basta que sea igual (no exceda dice la disposición legal) o inferior a cuatro (4) años de prisión.

El segundo, con una condición personal y otra legal. **No tener antecedentes penales, es decir, la persona no haber sido sentenciada anteriormente** y que el delito por el cual se le condena, no sea alguno de los delitos enlistados en el inciso 2º del artículo 68-A del Código Penal.

El tercero prevé un aspecto valorativo, en el que a pesar de que la persona posea antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores, al juez le compete determinar si los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado son indicativos de que no existe necesidad de tratamiento penitenciario.

En este caso, habrá de examinar sus actos u acciones anteriores en los ámbitos señalados. Como individuo su espíritu humano y solidario, su formación y preparación; en lo social, su relación, trato y comunicación con los miembros de su círculo social; y, en lo familiar, los vínculos establecidos con sus parientes más cercanos¹⁷.

La norma determina que solo le está permitido al juez valorar los aspectos personales, sociales y familiares del sentenciado cuando en contra de éste se registren antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, **en caso contrario, esto es, de no registrar antecedentes**, el juez debe observar únicamente el cumplimiento del requisito objetivo referido a la pena de prisión impuesta.

13. NO HAY «ANTECEDENTE PENAL» EN EL SUB LITE

Se debe resaltar lo siguiente: (i) se consignó en el escrito de acusación como fecha de los hechos el **año 2013**; (ii) el implicado tiene una sentencia condenatoria, proferida por el juzgado 30 penal del circuito de Medellín, el **4 de septiembre de**

¹⁵ CSJ AP, 22 agosto 2012, rad. 39431; CSJ AP 5871-2021, rad. 59.900 de 9 diciembre 2021.

¹⁶ CSJ SP 337-2019, rad. 49.780 de 13 febrero 2019.

¹⁷ CSJ SP 776-2022, rad. 58.638 de 16 marzo 2022.

2017 donde se impuso una pena de 24 meses de prisión por el delito de *Urbanización ilegal*; (iii) esta nueva sentencia es de 45 meses de prisión.

Sencillamente, el **antecedente** que se comenta aquí no es tal.

Para el antecedente se requiere **sentencia penal debidamente ejecutoriada**, de conformidad con el Artículo 248 de la Carta, que estipula que «*Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales*».

La sentencia ejecutoriada debe haberse proferido **con anterioridad a los hechos** que se juzgan en el que se dosifica la pena¹⁸.

La interpretación y el ámbito de aplicación del artículo 248 de la Constitución Política, ha sido definido por la Corte, entre otras, en CSJ SP, 22 septiembre 1999, rad. 10.510, en los siguientes términos:

«Pues de otra parte aun cuando referencia ninguna hace a esta circunstancia el demandante, no podría entenderse que al disponer el artículo 248 de la Constitución Política que '*únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales*', se haya creado por esta norma superior una especial categoría de tarificación de la prueba, en la medida en que tal precepto tiene un claro poder de definición respecto de cuáles informaciones en manos del Estado por concepto de investigaciones penales y contravencionales que se siguen en contra de una persona, constituyen antecedentes, pero no traduce al propio tiempo que si no se está frente a '*sentencias judiciales*' definitivas, las informaciones relacionadas con investigaciones penales adelantadas por otras autoridades no puedan servir a los administradores de justicia en un caso determinado, para fundar por ejemplo con mayor precisión la personalidad del procesado».

Para que pueda hablarse de **antecedente** en este caso, se requiere que la sentencia de condena sea con anterioridad al **año 2013**, y la que aquí obra es del **año 2017**.

Es más que evidente que no es un «**antecedente**».

Las circunstancias que se valoran son las que se presentan o estén vigentes **para el momento de los hechos**, y no las vigentes para el **momento del fallo de condena**.

«La situación frente al nuevo estatuto es distinta. El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero, implica la existencia de una condena judicial definitiva (artículos 248 de la Constitución Nacional, y 7º del estatuto procesal penal), al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran

¹⁸ CSJ SP 095-2020, rad. 51.795 de 29 enero 2020; CSJ SP 1288-2021, rad. 53.718 de 14 abril 2021.

referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo»¹⁹.

Así que si para el momento de los hechos el implicado no tiene antecedentes penales, que sí adquiere después de ese punible, razón por la cual lo amparará la circunstancia del numeral 1° del art. 55 del Código Penal, esto es, «*la carencia de antecedentes penales*»²⁰ y las demás consecuencias que se desprendan de tal afirmación.

14. SOBRE EL SUBROGADO PENAL IMPETRADO EN EL *SUB EXAMINE*

En este asunto se aplica por favorabilidad el artículo 63 del Código Penal, pero con la modificación del artículo 29 de la ley 1709 de 2014, y así entonces se tiene lo siguiente:

Uno: la pena impuesta no excede de cuatro (4) años de prisión.

Dos: el condenado carece de antecedentes penales.

Tres: los delitos por los que se procede no están enlistados en el canon 68-A del Código Penal.

Así entonces, hay lugar al otorgamiento del canon 63 en comentario.

Se suspende entonces el cumplimiento de la sanción penal por un período de tres (3) años, previa suscripción de acta compromisoria que contemple los requisitos relacionados en el artículo 65 del Código Penal, el implicado deberá otorgar ***caución prendaria equivalente a cinco (5) smlmv para el año 2023*** a favor del Despacho de conocimiento, que se determina por la cuantía del ilícito cometido y los varios delitos endilgados, esto es, la gravedad de los delitos y los perjuicios ocasionados.

Se advierte que transcurridos noventa (90) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, sin que el fulminado comparezca ante el Despacho de conocimiento para la suscripción de la diligencia de compromiso, se procederá según el artículo 66, inciso segundo, del Código Penal, a efectos de ejecutar en forma inmediata la sentencia.

Para efectos del numeral 3° del artículo 65 del Código Penal («*Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo*»), se fija un plazo de seis (6) meses contados a partir de la suscripción del acta de compromiso para dicho efecto²¹.

Se le hará saber al procesado que si durante el período de prueba, viola cualquiera de las obligaciones impuestas, previo el cumplimiento del debido proceso correspondiente, la pena privativa de la libertad se puede ejecutar y se hará efectiva la caución impuesta (artículo 66 del Código Penal). Por el contrario, si transcurre el

¹⁹ CSJ SP, 18 febrero 2004, rad. 20.597.

²⁰ CSJ SP, 2 marzo 2005, rad. 19.627.

²¹ CSJ SP 4815-2021, rad. 57.361 de 27 octubre 2021.

período de prueba y no ha incurrido en alguna de las conductas aludidas, la condena quedará extinguida (artículo 67 *ibidem*)²².

15. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, (i) CONCEDE el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena en favor del justiciable **FABIÁN HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, quien previamente deberá dar cumplimiento a las obligaciones impuestas y se le harán las advertencias contenidas en el numeral 14 de esta sentencia; **(ii) en lo demás rige el FALLO DE CONDENA** proferido en contra del fulminado **FABIÁN HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, por las razones expuestas; **(iii)** contra esta sentencia procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ
Magistrado

²² CSJ SP 4815-2021, rad. 57.361 de 27 octubre 2021.