



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 360 60 99 057 2014 03942
Acusado	Luis José Puentes Posada
Delitos en concurso (Art. 31 C.P.)	Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, agravado (Art. 365 numeral 3 del C.P.).  Lesiones personales dolosas (Art. 111, 112 inciso 1° y 113 inciso 2° del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Primero (1°) penal del circuito con funciones de conocimiento de Itagüí, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación de sentencia proferida en <b>virtud de preacuerdo</b> . Se solicita subrogado del Art. 63 del C.P.
Consecutivo	SAP-S-2023-20
Aprobado por Acta	N°95 de 14 abril de 2023
Audiencia de exposición	Martes, 18 abril de 2023; Hora: 11:30 am
Decisión	Se concede el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena del Art. 63 del Código Penal
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Medellín, Antioquia, abril dieciocho (18) de dos mil veintitrés (2023)

### 1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de LUIS JOSÉ PUENTES POSADA.

### 2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Es el ciudadano LUIS JOSÉ PUENTES POSADA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 16.281.991. expedida en Medellín, Antioquia; nacido el 1° enero 1980 en la misma municipalidad; hijo de Janet y Luis.

### 3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según el escrito de acusación se concretan así:

«El 6 de septiembre de 2014 a eso de las 03:30 horas el señor LUIS JOSÉ PUENTES POSADA, con CC. 16.289.991 quien vestía camiseta naranja de la selección Colombia y jean azul, se encontraba en la discoteca “Los Chiflados”, ubicada en la carrera 42 # 67-A-151, comprensión del municipio de Itagüí y después de un altercado con otras personas que se encontraban en el lugar, sacó el arma de fuego tipo pistola marca Whalter, calibre 9x19 mm, modelo P99, número serial 063958, estriada, semiautomática, de origen alemana, cachas en polímero de color negro, con 2 proveedores para la misma pistola y marca, con capacidad para 15 cartuchos cada uno y empezó a disparar indiscriminadamente, causando lesiones a cuatro personas que se encontraban en el lugar.

Ahora bien, cuando miembros del Ejército Nacional, realizaban labores de patrullaje por la autopista, en la carrera 42 con calle 73, comprensión de este municipio, tras sobrepasar el establecimiento comercial “Discoteca Mangos” escucharon los disparos y al verificar qué sucedía, observaron que de la fonda “Los Chiflados” salían varias personas corriendo entre ellos a quienes identificaron como LUIS JOSÉ PUENTES POSADA, quien al ser abordado por los miembros del Ejército Nacional, realizó un disparo al suelo, luego hizo otro disparo al separador, lo que generó que uno de los soldados, (ARIANA SANCHEZ), se ubicara detrás de usted, pero al tratar de quitarle el arma forcejearon y de nuevo realizó otro disparo; además cuando el soldado lo suelta, nuevamente dispara, en total accionó en cuatro ocasiones.

Una vez se realiza su captura, se le incautó además del arma de fuego ya descrita, un proveedor que tenía el arma ya estaba vacía y el otro proveedor tenía 14 cartuchos, calibre 9x19 mm (4 lote 71, 2 lote 69, 6 lote 98 y 54 lote 41)

Tanto el arma de fuego como la munición fueron sometidos a experticio técnico. Respecto al arma de fuego se concluyó que estaba en buen estado de funcionamiento. Apta para producir disparos y que en su interior había presencia de nitritos residuos de disparos. Los cartuchos estaban en buen estado de conservación y apto para ser repercutidos con armas de fuego del mismo calibre y los proveedores aptos para ser utilizados en el arma de fuego del mismo calibre como la recibida».

Se adelantaron las audiencias preliminares ante el Juzgado 1° penal municipal con funciones de control de garantías de Itagüí, Antioquia, se formuló imputación en contra del procesado en la modalidad de autor por el delito de *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones.*, Art. 365 del C.P., agravado por el numeral 3° «cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades», en concurso con lesiones personales dolosas. (Art. 111, 112 inciso 1° y 113 inciso 2° del C.P.)

El implicado no se allanó a los cargos. No se impuso medida de aseguramiento alguna.

Se formuló acusación en contra del procesado por el mismo delito que se imputó.

El 22 de febrero de 2021 se realizó audiencia preparatoria.

Una vez se instala la **audiencia de juicio oral**, las partes le informan al despacho que llegaron a un acuerdo.

#### 4. TÉRMINOS DEL ACUERDO

En sesión de **audiencia de juicio oral**, la fiscal 240 seccional, doctora MARÍA PATRICIA LÓPEZ RINCÓN, expone a la judicatura los términos del acuerdo.

La negociación consistió en que el procesado aceptó el cargo enrostrado y a cambio la Fiscalía reconoce la circunstancia diminuyente de ira e intenso dolor del Art. 57 del C.P.

Se pactó pena en cuarenta y cinco (45) meses. No se acordaron subrogados penales. El procesado no tiene antecedentes penales.

Indicó la representante del ente acusador que frente al delito de lesiones personales dolosas se está tramitando un *principio de oportunidad*.

El *iudex a quo* impartió aprobación a la negociación y decretó ruptura de la unidad procesal.

Posteriormente el juzgado 3° penal municipal de Itagüí, en aplicación del *principio de oportunidad* causal 7°, extinguió la acción penal y ordenó el archivo del proceso.

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

La delegada Fiscal, doctora MARÍA PATRICIA LÓPEZ RINCÓN, no hizo manifestación alguna, pues consideró que ya fueron referidas al momento de exponer los términos de la negociación.

El apoderado del implicado, doctor EDWARD RICARDO VALENCIA, solicitó aplicación al mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad del Art. 63 del C.P., puesto que se cumplen los requisitos allí establecidos, pues la pena impuesta no excede los cuatro (4) años **y el delito por el cual se condenará no está inmerso dentro de los delitos enlistados en el Art. 68-A del C.P.**

#### 6. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez 1° penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín dictó sentencia por medio de la cual condenó a LUIS JOSÉ PUENTES POSADA a la pena de cuarenta y cinco (45) meses de prisión, por el delito de *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones*, Arts. 365 del C.P., agravado por el numeral 3° «*cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades*».

Como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo lapso. Negó subrogados y sustitutos penales así: En el caso concreto solo se disminuyó la pena a imponer, pero se mantienen las consecuencias del delito imputado, razones por la cual no proceden los sustitutos, siguiéndose el criterio de la alta Corporación y el Tribunal Superior de Medellín en postura Mayoritaria, rad. 2020-05542 del 13 de octubre de 2020, y rad. 2015-28531 del 5 de septiembre de 2016,

En ese orden, la punibilidad para efectos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria partiría de 18 años de prisión, *quantum* que obviamente es superior a los 4 y 8 años, incumpléndose el requisito objetivo exigido por los Art. 38-B y 63 del C.P., razón por la cual es improcedente la concesión de los sustitutos penales.

## 7. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA

El abogado defensor del implicado apeló la decisión y solicitó revocar el numeral 3° de la sentencia; y, en consecuencia, conceder a favor de su prohijado, como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, **la suspensión de la ejecución de la pena.**

Las razones que expone son las siguientes:

**Primero**, en este caso no hay variación de la tipicidad. El delito acordado y el imputado es el mismo.

**Segundo**, la defensa no solicitó la prisión domiciliaria del Art. 68-A del C.P., solicitó la suspensión de la ejecución de la pena del Art. 63 del C.P.

Si se analiza el requisito objetivo del Art. 63 es claro que se exige que la **pena impuesta** sea de prisión que no exceda de 4 años. Es la prisión domiciliaria del Art. 38-B del C.P. la que exige como requisito objetivo **la pena mínima prevista** en la Ley.

Es clara la diferencia entre los dos subrogados penales.

**Tercero**, el juez de primera instancia negó las pretensiones basándose, además, en la afectación de los derechos a la verdad, reparación y justicia de las víctimas y que esto a su vez desprestigia la Administración de justicia. Sin embargo, esta aseveración resulta desproporcionada en razón a que tal y como obra en el proceso de referencia, mi defendido ha estado indemnizando a las víctimas por los daños causados en relación a los hechos que dieron origen a este proceso, al igual que voluntariamente asumió su responsabilidad y se declaró culpable del delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*. De ahí que el desconocimiento de todas estas actitudes que ha tomado mi defendido resulta absolutamente inquisitivo y contrario al principio de legalidad consagrado en el artículo 6 de la Ley 599 de 2000, y como consecuencia al debido proceso desarrollado en el artículo 29 de La Constitución Política.

**Cuarto**, basta revisar los requisitos objetivos y subjetivos del Art. 63 del C.P., para determinar que su representado cumple con ellos razón por la cual procede la suspensión de la ejecución de la pena.

## 8. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos del impugnante.

## 9. 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 libertad<sup>1</sup>.

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.

De acuerdo con la legislación penal, son subrogados penales, principalmente<sup>2</sup>: (i) la suspensión de la ejecución de la pena 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,<sup>3</sup> 3) reclusión hospitalaria o domiciliaria,<sup>4</sup> y prisión domiciliaria<sup>5</sup>.

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 sentenciado<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-679 de 19 noviembre 1998.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-806 de 2002.

<sup>4</sup> Artículos 68 C.P.

<sup>5</sup> Artículo 38 del C.P.

<sup>6</sup> CSJ AP 234-2017, rad. 48.127 de 25 enero 2017.

Los subrogados penales son un derecho<sup>7</sup> del condenado siempre y cuando se verifiquen los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido<sup>8</sup>.

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 misma<sup>9</sup>.

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 particular<sup>10</sup>.

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. 4º inciso 1º Código Penal), debe ser *necesaria, útil y proporcionada*<sup>11</sup>; 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 condenado<sup>12</sup>.

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»*<sup>13</sup>.

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*

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

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-679 de 19 noviembre 1998.

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

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

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia T-596 de 1992.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-679 de 19 noviembre 1998.

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

*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».*

## 10. 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. <b>Suspensión condicional de la ejecución de la pena.</b> 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"> <li>1. Que la pena impuesta sea de prisión <b>que no exceda de tres (3) años.</b></li> <li>2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.</li> </ol> <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>&lt;Inciso adicionado por el artículo 4 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:&gt; 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>Artículo 29. Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 63. <b>Suspensión de la ejecución de la pena.</b> 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"> <li>1. Que la pena impuesta sea de prisión <b>que no exceda de cuatro (4) años.</b></li> <li>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.</li> <li>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.</li> </ol> <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>

	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.
--	--

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 sanción<sup>14</sup>.

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 2º, del Código Penal.

De poseer el condenado antecedentes penales por delito doloso cometido dentro de los 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*».

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 definirla<sup>15</sup>.

## 11. 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 objetivo<sup>16</sup>.

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

<sup>14</sup> CSJ SP 3805-2021, rad. 57.836 de 18 agosto 2021.

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

<sup>16</sup> CSJ SP 337-2019, rad. 49.780 de 13 febrero 2019.



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 cercanos<sup>17</sup>.

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.

La jurisprudencia ha sostenido que cuando del acusado no se reporta haber cometido delitos anteriormente, la conducta punible a él atribuida no se encuentra enlistada en el artículo 68-A del C.P. (modificado por la Ley 1709 de 2014) y si la pena impuesta no supera los cuatro (4) años de prisión, se aplicará en su caso el contenido íntegro del artículo 63 del C.P., por cuya virtud accede sin necesidad de consideraciones subjetivas al mecanismo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena<sup>18</sup>.

El estudio del aspecto subjetivo debe estar apoyado en medios de prueba, más allá de las simples manifestaciones personales del sentenciado o de su abogado, demostrativos de que la conducta en su vida de relación con allegados y congéneres en los espacios señalados no hace necesaria la ejecución de la pena, toda vez que sus antecedentes muestran que no requiere ser sometido al proceso de resocialización perseguido con el tratamiento penitenciario, como fin fundamental de la pena<sup>19</sup>.

De concederse el subrogado se indicará que se suspenderá la sanción indicando el término de duración que no podrá ser inferior a dos (2) años ni superior a cinco (5) años, previa suscripción de acta compromisoria que contemple el cumplimiento de los requisitos relacionados en el artículo 65 del Código Penal, y el otorgamiento de una caución, juratoria o prendaria, a favor del juzgado de conocimiento.

Igualmente, se debe indicar que transcurridos noventa (90) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, sin que el fulminado comparezca ante el juzgado de conocimiento, este deberá proceder de conformidad como lo ordena el artículo 66, inciso segundo, del Código Penal, a efectos de ejecutar en forma inmediata la sentencia.

---

<sup>17</sup> CSJ SP 776-2022, rad. 58.638 de 16 marzo 2022.

<sup>18</sup> CSJ SP 2647-2014, 5 marzo 2014, rad. 41.232; CSJ SP 20612-2017, 6 diciembre 2017, rad. 49.956; CSJ SP 20796-2017, 6 diciembre 2017, rad. 50.038; CSJ SP 2706-2018, 11 julio 2018, rad. 48.251; CSJ SP 337-2019, rad. 49.780 de 13 febrero 2019.

<sup>19</sup> CSJ SP 776-2022, rad. 58.638 de 16 marzo 2022.

Para efectos de la correspondiente al 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 puede fijar un plazo razonable contado a partir de la suscripción del acta de compromiso para dicho efecto<sup>20</sup>.

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 período de prueba y no ha incurrido en alguna de las conductas aludidas, la condena quedará extinguida (artículo 67 *ibidem*)<sup>21</sup>.

## 12. LA PRISIÓN DOMICILIARIA

### 12.1 MARCO NORMATIVO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

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 2° 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

---

<sup>20</sup> CSJ SP 4815-2021, rad. 57.361 de 27 octubre 2021.

<sup>21</sup> CSJ SP 4815-2021, rad. 57.361 de 27 octubre 2021.

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».

**La prisión domiciliaria es, esencialmente, una medida sustitutiva de la prisión intramural**, así como la reclusión hospitalaria o domiciliaria, en tanto la misma acarrea restricción física en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine (Art. 38 C.P.P., modificado)<sup>22</sup>.

La prisión domiciliaria es un mecanismo sustitutivo de la prisión, que implica la restricción efectiva y real del derecho de libertad del condenado en su lugar de residencia o morada<sup>23</sup>, o en el que la autoridad judicial disponga mediante sentencia, en caso de que encuentre cumplidos los requisitos legales pertinentes<sup>24</sup>.

El juez cognoscente debe remitirse a lo estipulado en el artículo 38-B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

## 12.2 REQUISITO OBJETIVO EN LA PRISIÓN DOMICILIARIA

En tema de prisión domiciliaria se habla de «*conducta punible*».

Cuando las normas relativas a la prisión domiciliaria se refieren a la «*conducta punible*» ha de entenderse aquella que ha sido realizada en específicas circunstancias y se encuentra recogida no sólo en el tipo básico sino también en los dispositivos amplificadores de éste que lo dotan de sentido y delimitan el ámbito de punibilidad.

Así que una es la pena para la conducta punible del autor y otras diferentes para el cómplice y para el interviniente; igual sucede con la tentativa, la ira o intenso dolor, entre otros dispositivos amplificadores, que hacen parte de la figura delictiva<sup>25</sup>.

Todas aquellas modalidades del comportamiento del procesado de la parte general que amplían la esfera de los tipos comunes de la parte especial, deben ser valoradas al momento de establecer el límite punitivo establecido para acceder a la prisión domiciliaria.

No puede olvidarse que la prisión domiciliaria alude a la ejecución de la pena y ésta es una decisión que se ha tomado con la precisión de todas las circunstancias que rodean el hecho, razón para estimar que cuando la norma habla de «*conducta punible*» no excluye aquellas modalidades del comportamiento que amplían o reducen el ámbito de punibilidad<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> CSJ AP 234-2017, rad. 48.127 de 25 enero 2017.

<sup>23</sup> Excepto en los casos en el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima. Artículo 38-D del Código Penal, modificado por el Art. 25 Ley 1709 de 20 enero 2014.

<sup>24</sup> CSJ SP 1207-2017, rad. 45.900 de 1° febrero 2017.

<sup>25</sup> CSJ SP, 15 septiembre 2004, rad. 19.948; CSJ SP 3052-201, rad. 58.743 de 21 julio 2021.

<sup>26</sup> CSJ SP, 15 septiembre 2004, rad. 19.948; CSJ SP 3052-201, rad. 58.743 de 21 julio 2021.

### 12.3 REQUISITO SUBJETIVO EN LA PRISIÓN DOMICILIARIA

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte ha sido enfática en señalar que los antecedentes negativos a nivel personal, social y familiar del sentenciado no conllevan, necesariamente, a negar la concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria.

Al respecto, sostuvo<sup>27</sup>:

«Con ocasión de ese juicio dentro del factor subjetivo, la jurisprudencia tiene dicho que la gravedad de la conducta es un aspecto atendible al momento de fijar el quantum de la pena, con incidencia en el art. 38-1 del C.P., que no debe ser considerado para valorar el peligro ni el riesgo de evasión (cfr. CSJ SP 9 jul. 2014, rad. 43.711 y SP 26 jun. 2019, rad. 47.475). De lo que se trata es de valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena.

Por ello, los antecedentes negativos de la persona en los ámbitos personal, social y familiar no son, por sí mismos, una causal para negar el beneficio. Esos referentes no ostentan una condición retributiva que automáticamente obligue al juez a ordenar la reclusión en prisión. No. El desempeño del sentenciado en esos aspectos ha de aplicarse funcionalmente como criterio proyectivo o predictivo sobre la posibilidad de que el cumplimiento de la pena en el domicilio ponga en peligro a la comunidad o permita la evasión del sentenciado. Mas un análisis de esa naturaleza se echa de menos por completo en la decisión impugnada».

Los fines de prevención especial o de reinserción social pueden cumplirse en el lugar de residencia del fulminado<sup>28</sup>.

### 13. 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 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

<sup>27</sup> CSJ SP, 3 julio 2019, rad. 53.651; CSJ SP 049-2021, rad. 54.646 de 27 enero 2021.

<sup>28</sup> CSJ SP 049-2021, rad. 54.646 de 27 enero 2021.

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 concederla<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> CSJ SP 1207-2017, rad. 45.900 de 1° febrero 2017.

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 lo es la prisión domiciliaria, para quienes sean condenados por uno de los delitos relacionados en el inciso 2º del artículo 68-A del Código Penal<sup>30</sup>.

Si bien uno de los objetivos de la Ley 1709 de 2014 fue el de 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 2º) 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 juez<sup>31</sup>.

Dicha regla tiene su excepción, esto es la consignada en el parágrafo 1º del mismo artículo y 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 que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad (½) 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.

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 (½) 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 3º, de la Ley 906 de 2004, el

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> CSJ AP 082-2018, rad.51.775 de 17 enero 2018.

tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria<sup>32</sup>.

#### 14. 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 misma<sup>33</sup>.

Inclusive, es posible pactar de autor único a responsabilidad penal por complicidad y además pronunciarse sobre subrogado penal o prisión domiciliaria<sup>34</sup>, 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 domiciliaria<sup>35</sup>, 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 2º del C.P.P., específicamente cuando señala que el preacuerdo puede versar sobre las «**consecuencias**» del hecho imputado<sup>36</sup>.

Se puede negociar la concesión de subrogados y sustitutos penales siempre y cuando se cumpla el requisito objetivo<sup>37</sup>, es decir, que estén dentro de la Ley<sup>38</sup>, pues para algunas conductas punibles hay expresa exclusión de beneficios y subrogados penales (Art. 68-A Código Penal, adicionado y modificado en varias oportunidades).

Así por ejemplo se puede negociar<sup>39</sup>:

«1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo cual puede incluir la exigencia de las penas no privativas de la libertad (artículo 63 C.P., modificado por el Art. 29 Ley 1709 de 20 enero 2014).

2. Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave (Art. 68 C.P.).

3. Prisión domiciliaria por la calidad de padre o madre cabeza de familia (Art. 2º de la Ley 82 de 1993; Corte Constitucional

<sup>32</sup> CSJ SP 1207-2017, rad. 45.900 de 1º febrero 2017.

<sup>33</sup> CSJ SP, 7 julio 1994.

<sup>34</sup> CSJ STP 4470-2015, rad. 79.041 de 16-04-15.

<sup>35</sup> CSJ SP, 7 julio 1994.

<sup>36</sup> CSJ SP, 4 abril 2006, rad. 24.868; CSJ SP, 1º junio 2006, rad. 24.764.

<sup>37</sup> CSJ AP 2370-2014 de 7 mayo 2014, rad. 43.523; CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

<sup>38</sup> CSJ STP 9865-2014, rad. 74.450 de 22 julio 2014.

<sup>39</sup> 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. 165.

Sentencias C-154 de 7 marzo 2007 y SU-388 de 2005; Arts. 314-5 CPP, modificado Ley 1142 de 2007, art. 27; y 461 C.P.P.).

4. Prisión domiciliaria y arresto de fin de semana (Art. 38 C.P., modificado Art. 22 Ley 1709 de 20 enero 2014; Art. 36 C.P.).

5. También por ser “*consecuencia*” del hecho imputado, el plazo y pago de la multa (artículo 39 numerales 6º y 7º *ibídem*; modificado Art. 46 Ley 1453 de 2011)».

En subrogados y sustitutos penales se debe cumplir con el elemento **objetivo**; el subjetivo es competencia de los negociadores «*y vinculante para el juez de conocimiento, a no ser que los términos en que se acuerde el sustituto sea violatorio de derechos fundamentales*»<sup>40</sup>.

Cuando se pacta el subrogado sin el cumplimiento de los **requisitos objetivos** se presenta un flagrante desconocimiento de la limitante consagrada en el inciso segundo del artículo 351 del C.P.P., pero no ocurre lo mismo cuando lo estipulado se da en el marco de tales exigencias legales<sup>41</sup>.

No se puede conceder un subrogado si está prohibido expresamente (Art. 68-A Código Penal, modificado); no se puede reconocer la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia cuando ni siquiera objetivamente se tiene dicha calidad o no tiene la calidad biológica de padre, etc.

La Corte en su jurisprudencia, y dominante en su momento histórico, precisó que no se puede hacer una distinción entre «**delito cometido**» y «**delito preacordado**», lo cual es inadmisibles, riñe con el derecho y carece de sustento legal<sup>42</sup>, según su postura (que luego reconsideró).

Los argumentos son los siguientes<sup>43</sup>:

El delito sigue siendo uno solo: la conducta por la cual el procesado acepta su culpabilidad.

Así que, si en virtud del acuerdo se modifica su *nomen juris*, el grado de participación o suprime el concurso de conductas punibles con incidencia en su punibilidad, es incorrecto sostener la existencia de dos hechos con el pretexto de evitar compensaciones adicionales a las convenidas, porque de acuerdo con el artículo 9º del Código Penal la conducta punible es una sola, a condición que sea típica, antijurídica y culpable<sup>44</sup>.

Cuando la fiscalía y el acusado llegan a un acuerdo sobre «*los hechos imputados y sus consecuencias*», no puede confundirse la «*compensación*» punitiva, resultado de él con sus efectos.

<sup>40</sup> CSJ AP rad. 37.209 de 23 noviembre 2011.

<sup>41</sup> CSJ STP 9865-2014, rad. 74.450 de 22 julio 2014.

<sup>42</sup> CSJ SP 2168-2016 de 24 febrero 2016, rad. 45.736; CSJ SP 3103-2016 de 9 marzo 2016, rad. 45.181; CSJ SP 7100-2016 de 1º junio 2016, rad. 46.101; CSJ SP 001-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>43</sup> CSJ SP 001-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016; CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>44</sup> CSJ SP 001-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.



La distinción conduce a soluciones insatisfactorias, tales como que, si el *nomen juris* se modifica, para la fijación de la pena se tendría en cuenta la abstracta para esta conducta mientras que para la determinación de los beneficios judiciales o subrogados penales la prevista para la primera.

Con respecto a fenómenos relativos con la extinción de la acción y de la sanción penal por prescripción, se debe tener en cuenta el delito por el cual se ha condenado o convenido con la fiscalía.

Cuando se pacta pasar de autor a cómplice no puede hablarse que el acusado sea autor y cómplice de la conducta punible al mismo tiempo, puesto que óntica y jurídicamente resulta imposible sostener dicha dualidad. O es uno o es lo otro, pero no ambas a la vez. Si el grado de participación acordado es el de cómplice, esta calidad debe tenerse en cuenta con todas sus consecuencias, porque fue la convenida al aceptar su responsabilidad penal.

Los preacuerdos obligan al juez de conocimiento, salvo que desconozcan las garantías fundamentales<sup>45</sup>.

Al derivar las consecuencias el juez no puede apartarse de lo acordado, ni entrar a hacer distinciones que la ley no autoriza, y menos cuando resultan lesivas de los intereses del imputado, al desconocer beneficios judiciales o subrogados penales que no fueron objeto de consideración ni negociación alguna, pero a los cuales tendría derecho por el cumplimiento de las exigencias previstas en la ley.

El juez no puede separarse del acta de preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado, cuando la retribución acordada a cambio de la aceptación de culpabilidad implica la modificación del grado de participación, por ejemplo, de autor a cómplice<sup>46</sup>.

## 15. TESIS JURISPRUDENCIALES SOBRE SUBROGADOS, DELITO COMETIDO Y DELITO NEGOCIADO

Pero **hay opiniones disidentes**, precisamente expuestas en salvamento y aclaración de voto a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016<sup>47</sup> y CSJ SP 16907-2016, rad. 46.684 de 23 noviembre 2016<sup>48</sup>, y en salvamento parcial de voto a la providencia CSJ SP 154-2017, rad. 48.128 de 18 enero 2017<sup>49</sup>.

Se precisan, en primer lugar, varias críticas a la postura mayoritaria, así:

**Uno:** Convierte la sentencia judicial en simple acta de refrendación de una negociación, distanciada en sus fundamentos de la realidad, y no como el escenario propicio de reivindicación de los principios que, como expresión de legitimación

<sup>45</sup> CSJ SP, 3 febrero 2016, rad. 43.356; CSJ SP, 1° junio 2016, rad. 46.101.

<sup>46</sup> CSJ SP, 24 febrero 2016, rad. 45.736; CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>47</sup> Magistrados Patricia Salazar Cuéllar y Eugenio Fernández Carlier.

<sup>48</sup> Magistrados Patricia Salazar Cuéllar y Eugenio Fernández Carlier. En esta providencia el magistrado Fernando Alberto Castro Caballero salvó voto en tema de cuartos de movilidad para las penas accesorias.

<sup>49</sup> Magistrada Patricia Salazar Cuéllar. En esta providencia, al magistrado Eugenio Fernández Carlier se le aceptó impedimento.

jurídica y política, permiten el control democrático a la intervención punitiva del Estado<sup>50</sup>.

**Dos:** Es un **absurdo jurídico** la disertación judicial sobre una conducta punible inexistente, cuya catalogación se llevó a cabo como una negociación con el exclusivo fin de atemperar la sanción penal.

**Tres:** Desde el sentido práctico, se vislumbran consecuencias francamente gravosas para la racionalidad y la seguridad jurídicas, el debido proceso y para el principio de igualdad, por ejemplo, prescripción de la acción penal, subrogados penales cuando hay expresa prohibición legal, extinción de la acción penal por indemnización integral de perjuicios, etc.

**Cuatro:** Es apreciable la potencial afectación del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, reflejada especialmente en las prerrogativas a obtener la verdad y la reparación por el delito realizado (artículo 250 numeral 7° de la Constitución Política).

Para la posición minoritaria (en su momento) de la Corte, se deben distinguir en la sentencia de condena:

- 1) La determinación de la responsabilidad penal por la conducta realizada.
- 2) La concreción de la rebaja punitiva resultante de la negociación, entre otras formas o modalidades, degradación o readecuación de la conducta punible acordada, etc.

Así pues, que la pena a tener en cuenta para la determinación del requisito objetivo para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria (artículo 38-B del Código Penal), debe ser la que corresponda a la conducta punible imputada y no a la acordada por las partes.

El marco jurídico de las penas para efectos de la concesión de subrogados y sustitutos penales en los preacuerdos, debe ser el que corresponda al delito realmente cometido y no al que resulte de alguna de las modalidades o especies de negociación.

Con la modificación de la responsabilidad penal a través de los preacuerdos y negociaciones no se puede facilitar el otorgamiento de beneficios indebidos por estar prohibidos por la ley o la Carta Política, afectándose la legalidad y la exclusión de dobles beneficios.

Ejemplo de estas situaciones se presentan cuando se eliminan agravantes o cargos o se hacen readecuaciones típicas que conllevan desvanecer el requisito del factor objetivo para el otorgamiento de un subrogado, sustituto o imposición de una pena especial<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Ferrajoli, Luigi. *El juicio penal*, en: *Epistemología jurídica y garantismo*, Distribuciones Fontamara, México, 2006, p. 233: «Las sentencias... exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos de los hechos y reconocitivos del derecho, de cuya verdad jurídica y fáctica, depende tanto su validez o legitimación jurídica (o interna o formal), como su justicia o legitimación política (o externa o sustancial)».

<sup>51</sup> Salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

En los casos en que el subrogado o sustituto penal no está prohibido por la Ley, tales mecanismos se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos.

Los supuestos para la definición de los subrogados y sustitutos penales, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscribe:

(i) A la pena concretamente impuesta en la sentencia de condena, para el subrogado penal de la suspensión de la ejecución condicional de la sanción (Art. 63 CP, modificado).

(ii) A la pena del delito realmente cometido, y no la pena del negociado, para la prisión domiciliaria (Art. 38-B del C.P., adicionado Ley 1709 de 2014, artículo 23), donde se tendrán en cuenta, adicionalmente, las prohibiciones del Art. 68-A del Código Penal (reiteradamente modificado), que aplica para el delito o los delitos **realmente cometidos**.

Así pues, para la condena de ejecución condicional de la pena se mira el factor de pena realmente impuesta; para la prisión domiciliaria se mirará entonces la sanción por el delito (o los delitos) realmente cometido y no del preacordado.

En efecto, no se advierte la transgresión de garantía alguna del procesado, cuando no se reconoció en su favor el derecho a la sustitución por domiciliaria de la pena de prisión que le fue impuesta en relación con el delito que, como fórmula de preacuerdo, fue degradado en su punibilidad a través de la mutación de autor a cómplice en su forma de participación criminal<sup>52</sup>, entre otras modalidades.

Adicionalmente<sup>53</sup>, en los casos en que los subrogado o sustitutos penales estén prohibidos por la Ley, tales mecanismos no pueden ser autorizados por el preacuerdo; de no estar excluido los sustitutos o subrogados, se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos del delito realmente cometido para conceder o negar el sustituto penal<sup>54</sup>; pero los supuestos para la definición de los subrogados, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscribe no a la responsabilidad declarada sino sobre la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta.

## 16. PROVIDENCIA CSJ SP 4225-2020, RAD. 51.478 DE 21 OCTUBRE 2020

Desde la providencia CSJ SP 4225-2020, rad. 51.478 de 21 octubre 2020, la Corte se inclina por la postura que en tema de subrogado se debe observar la pena del delito realmente cometido (**postura actualmente vigente**).

Cuando se emplea la modalidad de degradación solo es empleada por la fiscalía en sede de punibilidad, en cuanto no varió la calificación jurídica.

<sup>52</sup> Aclaración de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>53</sup> Salvamento parcial de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>54</sup> Aunque en el salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernando Carlier se sostiene que para la prisión domiciliaria se mira el delito por el cual se condena; posición diferente a la expuesta en el salvamento de voto por la magistrada Patricia Salazar Cuéllar.

Así entonces al imponer a pena en virtud, por ejemplo, de los artículos 56 y 57 del Código Penal y la misma llega a un guarismo inferior a 48 meses, mientras que el delito realmente cometido supera dicho guarismo, no hay lugar a la suspensión de la ejecución de la pena del artículo 63 del Código Penal.

En efecto, frente al delito realmente cometido y por el cual es condenado el procesado no se hace merecedor del subrogado penal, por razones de raigambre constitucional encaminadas a garantizar los principios de legalidad, tipicidad estricta y garantía de las víctimas, amén de razones de sentido práctico por no generar un descrédito del sistema judicial, y porque no resultaba proporcional ni justo que la sanción impuesta al procesado sea efectivamente ejecutada.

Para la Corte, en los preacuerdos el fiscal debe negociar los beneficios a partir de la adecuación típica de la conducta conforme a las circunstancias y las consecuencias jurídicas que correspondan al caso, así se declaró desde la sentencia C-1260 de 2005 cuando al analizar el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 que permite al Fiscal y al imputado «*llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias*» la Corte Constitucional indicó que los hechos deben calificarse conforme a la descripción que ha realizado previamente el legislador.

Cumplido el deber de calificar la conducta como corresponde a la ley preexistente, los negocios en los que se acuda a elementos del tipo penal (eliminación, readecuación) únicamente deben ser utilizados para cuantificar la rebaja de la sanción, esas modificaciones no involucran la responsabilidad, la calificación de una manera específica es como lo dice el legislador «*con miras a disminuir la pena*».

La misma Corte Constitucional en SU-479 de 2019 ratificó y amplió su postura en cuanto al mínimo de prueba que debe mediar en los preacuerdos en el entendido que el fiscal en el proceso de adecuación típica, si bien tiene cierto margen para hacer una imputación menos gravosa, debe obrar con base en los hechos del proceso sin que pueda seleccionar libremente el tipo penal debiendo atender los fundamentos fácticos y probatorios obrantes, al tiempo que los jueces de conocimiento pueden realizar un control material de tales preacuerdos.

La Corte Suprema de Justicia en CSJ SP, 24 junio 2020, rad. 52.227 con el sentido de unificar la jurisprudencia hizo énfasis en que, tratándose de los preacuerdos, los fiscales no están facultados para conceder a los procesados beneficios ilimitados.

En cuanto a las modalidades en que se cambia la calificación jurídica ***sin base fáctica***, fijó las siguientes reglas:

«En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que **en la condena** se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden

desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados».

La Corte avala los preacuerdos en los casos en los que el acuerdo no está encaminado a variar la calificación jurídica, sino solamente a hacer alusión a una **norma favorable punitivamente para el procesado**, que no se ajusta a la hipótesis fáctica aceptada y que tiene solo el carácter teleológico de establecer el monto de la rebaja punitiva, sin tocar la responsabilidad.

## 17. CUADRO RESUMEN SOBRE EVOLUCIÓN DE LAS TESIS EN LA CORTE EN TEMA DE SUBROGADOS Y SUSTITUTOS PENALES EN LA NEGOCIACIÓN

<p><b>SUBROGADOS Y SUSTITUTOS PENALES EN LA NEGOCIACIÓN</b>          CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016;          CSJ SP 16907-2016, rad. 46.684 de 23 noviembre 2016;          CSJ SP 154-2017, rad. 48.128 de 18 enero 2017;          CSJ SP 18912-2017, rad. 46.930 de 15 noviembre 2017</p>
<p><b>TESIS MAYORITARIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</b></p>
<p>No se puede hacer una distinción entre delito «<i>cometido</i>» y delito «<i>preacordado</i>», lo cual es inadmisibles, riñe con el derecho y carece de sustento legal<sup>55</sup>.</p> <p>El delito sigue siendo uno solo: la conducta por la cual acepta su culpabilidad.</p> <p>Si en virtud del acuerdo se modifica su <i>nomen juris</i>, el grado de participación o suprime el concurso de conductas punibles con incidencia en su punibilidad, es incorrecto sostener la existencia de dos hechos con el pretexto de evitar compensaciones adicionales a las convenidas, porque de acuerdo con el artículo 9º del Código Penal la conducta punible es una sola, a condición que sea típica, antijurídica y culpable<sup>56</sup>.</p> <p>Cuando la fiscalía y el acusado llegan a un acuerdo sobre «<i>los hechos imputados y sus consecuencias</i>», no puede confundirse la «<i>compensación</i>» punitiva, resultado de él con sus efectos.</p> <p>Al derivar las consecuencias el juez no puede apartarse de lo acordado, ni entrar a hacer distinciones que la ley no autoriza, y menos cuando resultan lesivas de los intereses del imputado, al desconocer beneficios judiciales o subrogados penales que no fueron objeto de consideración ni negociación alguna, pero a los cuales tendría derecho por el cumplimiento de las exigencias previstas en la ley.</p> <p>El juez no puede separarse del <b>acta</b> de preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado, cuando la retribución acordada a cambio de la aceptación de culpabilidad implica la modificación del grado de participación, por ejemplo, de autor a cómplice<sup>57</sup>.</p>

<sup>55</sup> CSJ SP 2168-2016 de 24 febrero 2016, rad. 45.736; CSJ SP 3103-2016 de 9 marzo 2016, rad. 45.181; CSJ SP 7100-2016 de 1º junio 2016, rad. 46.101; CSJ SP 001-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016; CSJ SP 16907-2016, rad. 46.684 de 23 noviembre 2016.

<sup>56</sup> CSJ SP 001-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>57</sup> CSJ SP, 24 febrero 2016, rad. 45.736; CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<b>SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR</b>	<b>ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER</b>
<p>Es necesario distinguir en la sentencia de condena, de una parte, la determinación de la responsabilidad penal por la conducta realizada y, de otra, la concreción de la rebaja punitiva resultante de la degradación o readecuación de la conducta punible acordada.</p> <p>Como consecuencia de ello, la pena a tener en cuenta para la determinación del requisito objetivo para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal), debe ser la que corresponda a la conducta punible imputada, y no a la acordada por las partes.</p> <p>La modificación de la forma de responsabilidad, no es más que una ficción jurídica utilizada como instrumento para atemperar la dimensión punitiva de la conducta realizada, pues, como fruto del preacuerdo no se produce un cambio en la naturaleza de las cosas.</p>	<p>En los casos en que los subrogados o sustitutos penales estén prohibidos por la Ley, tales mecanismos no pueden ser autorizados por el preacuerdo.</p> <p>De no estar excluidos los sustitutos o subrogados penales, se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, éstos últimos se apreciarán conforme a lo demostrado en el proceso y los primeros (los factores objetivos) dependen del marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y la sanción impuesta, siendo entonces estos criterios los que han de tenerse en cuenta para conceder o negar el sustituto penal.</p> <p>Los supuestos para la definición de los subrogados, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscribe no a la responsabilidad declarada sino sobre la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta, de ahí depende normativamente el requisito objetivo de aquellos, el marco de punibilidad no es el del tipo penal que se tuvo en cuenta para definir la responsabilidad sino el que resulta de la punibilidad negociada para el caso concreto y la sanción impuesta.</p> <p>Con los preacuerdos se puede negociar la pena y su ejecución, excepto cuando el legislador lo haya prohibido expresamente.</p>

En un proceso donde la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín<sup>58</sup> expresamente se apartó de la decisión mayoritaria de la Corte y negó la prisión domiciliaria teniendo en cuenta los límites objetivos del delito realmente cometido y no del delito preacordado, la Sala de Casación Penal, en acción de tutela, negó el amparo bajo el pretexto que se presentó casación la cual

<sup>58</sup> Sala de Decisión integrada por los magistrados Luis Enrique Restrepo Méndez, José Ignacio Sánchez Calle y Nelson Saray Botero.

se declaró desierta con lo cual los interesados agotaron los mecanismos de defensa judicial <sup>59</sup>.

#### **18. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN CSJ SP 18912-2017, rad. 46.930 DE 15 NOVIEMBRE 2017**

La Corte en providencia CSJ SP 18912-2017, rad. 46.930 de 15 noviembre 2017, reitera la posición con igual salvamento y aclaración de voto.

En esta nueva providencia, explica la Corte en un proceso por porte ilegal de armas de fuego de defensa personal lo siguiente en tema de procedencia de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 del Código Penal, el cual es reglamentado por el artículo 38-B *ibídem*, adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014, así:

«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. (...).

#### **11. PROVIDENCIA CSJ SP 359-2022, RAD. 54.535 DE 16 FEBRERO 2022**

Mediante providencia CSJ SP 359-2022, rad. 54535 de 16 febrero 2022, se trató el caso de un porte de armas que de autor se degradó la complicidad, lo que hizo en la audiencia preparatoria, se negaron subrogados penales, ***lo que no fue objeto del convenio***.

La Corte recuerda en la providencia CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022, que no ha escapado a la controversia la definición de cuál es el ilícito o el nivel de participación por el que debe proferirse la sentencia con sus consecuentes efectos en institutos como los subrogados penales, es decir, si lo debe ser por el punible objeto de imputación o de acusación, o por el pactado vía preacuerdo, sobre todo en aquellos eventos donde se introduce alguna modificación a la calificación jurídica en compensación a la culpabilidad aceptada por el procesado.

Se rememora en CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022, así mismo que la Sala, bien como tribunal de segunda instancia o de casación, ***de forma mayoritaria***, ha venido avalando en la práctica los diferentes preacuerdos sometidos a su conocimiento y en esa medida entendido que la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le sean anejas, bajo cuatro supuestos: i) Los preacuerdos tienen efectos vinculantes para el juez pues, en términos del inciso 4º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, «los

---

<sup>59</sup> CSJ STP 050-2017, rad. 89.643 de 16 enero 2017.

*preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales»; ii) el preacuerdo, en aquellos casos en que se logra después de la formulación de la imputación, hace las veces de escrito de acusación, como que de conformidad con el artículo 350 *ídem*, «Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación»; iii) no le es legalmente posible al juez controlar materialmente la acusación; la calificación jurídica de los hechos y la fijación de los jurídicamente relevantes corresponde con exclusividad a la Fiscalía, sin perjuicio de que se examinen los requisitos que le defieren legalidad al preacuerdo, ni aquellos que fundamentan la sentencia anticipada y iv) como generalmente se advierte que es el procesado quien impugna como recurrente único, opera la prohibición de reforma peyorativa, de modo que ni aún por vía de nulidad podrían improbarse los preacuerdos toda vez que terminaría agravándose la situación de quien fue impugnante único.*

La Corte reitera su tesis que **no se puede anular la negociación para desmejorar la situación del procesado** cuando es apelante único.

Entre tales providencias se tiene CSJ AP, 16 mayo 2007, rad. 27.218; CSJ AP, 6 febrero 2013, rad. 39.892; CSJ AP, 20 noviembre 2013, rad. 41.570; CSJ SP 13939-2014, 15 octubre 2014, rad. 42.184; CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906; CSJ SP 14842-2015; CSJ SP 2168-2016; CSJ SP 7100-2016; CSJ SP 17024-2016; CSJ SP 16933-2016; CSJ SP 16907-2016; CSJ SP 747-2017; CSJ SP 18912-2017; CSJ SP 486-2018; CSJ AP 5285-2018; CSJ SP 4439-2018; CSJ SP 2295-2020; CSJ SP 3002-2020; CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022.

Se recuerda que **se condena por el delito realmente cometido**, tesis sostenida desde la sentencia CSJ SP 4225-2020, rad. 51.478, en este caso a través de preacuerdo el procesado aceptó culpabilidad por el delito imputado, esto es tentativa de homicidio simple; a cambio se le reconoció la pena dispuesta para cuando el delito es cometido en circunstancias de marginalidad. La Corte entendió que, así como sucedió en la sentencia CSJ SP 486-2018, rad. 50.000, el fallo se dictó de conformidad con lo convenido, sólo que en eso no hubo cambio alguno de calificación y que la remisión, en aquel caso, a las circunstancias de marginalidad fue solo para efectos punitivos, precisando una vez más la imposibilidad de modificar la sentencia ante la prevalencia de la prohibición de reforma en perjuicio.

La tesis jurisprudencial fue mayoritariamente ratificada en sentencia CSJ SP 1288-2021, reiterándose la vigencia del acuerdo por virtud de la prohibición de reforma peyorativa.

La misma Corte resalta:

«Como fácil se advierte, a través de todos estos casos la Sala ha venido consolidando, eso sí no de manera pacífica, una tesis de conformidad con la cual, se reitera, la sentencia originada en un preacuerdo se profiere según lo pactado, con todas sus consecuencias y la ha sustentado, como ya se señaló en precedencia, en el efecto vinculante del convenio, en la imposibilidad de ejercer un control material propiamente dicho sobre los juicios de imputación y acusación y en la prohibición de reforma peyorativa, lo cual no significa ineludiblemente que ese sea el ideal jurídico pues también ha entendido, desde aquél mismo momento y a partir de sus propias disquisiciones y de la jurisprudencia constitucional que los preacuerdos y la actividad de la Fiscalía en



ese ámbito se sujeta a ciertos límites que deben satisfacer los objetivos de esta forma de terminación anormal del proceso»<sup>60</sup>.

Se reitera la tesis, así: «*En ese orden, concierne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica, probatoriamente sustentada y que la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, de modo que el procesado comprenda con claridad que la calificación jurídica del punible objeto de imputación o acusación no sufre en esas condiciones variación alguna y que, salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos, con sus anejas consecuencias*»<sup>61</sup>.

## 19. PROVIDENCIA CSJ AP 3394-2022, RAD. 60.298 DE 27 JULIO 2022

En virtud de un acuerdo, no es posible asignar a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como cuando se pretende reconocer una forma de participación en la conducta punible distinta a la realmente acreditada **o sin base fáctica**<sup>62</sup>.

Se agregó en dicha providencia que si bien es viable tomar como referente una calificación jurídica discordante con la adecuación típica que se ajusta a los hechos objeto de acusación, ello sólo es admisible a fin de otorgar rebajas punitivas como contraprestación a la aceptación de responsabilidad. En esta última modalidad, la alusión a una calificación jurídica que no corresponde, «*sólo se orienta a establecer el monto de la pena a imponer*».

El acuerdo en manera alguna implica la variación de la calificación jurídica de la conducta sin base fáctica. Al aceptar los hechos jurídicamente relevantes, calificados por el ente acusador, a cambio de conceder un beneficio punitivo por la vía de degradar la forma de participación, las partes actuaron en consonancia con la posibilidad legal de acordar un monto específico de pena.

## 20. LA CONDUCTA ACEPTADA ES LA QUE SE TIENE EN CUENTA PARA ANALIZAR LA PRISIÓN DOMICILIARIA

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*

<sup>60</sup> CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022.

<sup>61</sup> CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022.

<sup>62</sup> CSJ AP 3394-2022, rad. 60.298 de 27 julio 2022.

*procesado, la que marca la pauta para analizar la procedencia de la prisión domiciliaria y el subrogado pena*<sup>63</sup>.

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 pena<sup>64</sup>.

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 tipicidad<sup>65</sup>.

## 21. EN LA NEGOCIACIÓN SE IMPONE CONDENA (PRINCIPAL Y ACCESORIAS) POR EL DELITO REALMENTE COMETIDO

En la negociación, en todas sus modalidades o especies, **se debe declarar la responsabilidad penal por el delito realmente cometido**<sup>66</sup>.

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

<b>SE IMPONE PENA POR EL DELITO O LOS DELITOS REALMENTE COMETIDOS, NO IMPORTA LA MODALIDAD DE NEGOCIACIÓN</b>
<b>CONSECUENCIAS</b>
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.

<sup>63</sup> CSJ SP, 28 febrero 2018, rad. 50.000; CSJ SP 4395-2018, rad. 52.960 de 10 octubre 2018.

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022.

<sup>66</sup> Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a las providencias CSJ SP 7100-2016, rad. 46.101 de 1° junio 2016 y CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016, así como en conferencias sobre el tema de negociación. Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<p>«La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más» (Ley 1257 de 2008, Arts. 24 y 25).</p>
<p>La indemnización para la víctima será la que corresponde por el delito realmente cometido y por el que además se condena, y no por el delito negociado.</p> <p>Por ejemplo, cuando se pacta degradación con reconocimiento de la circunstancia de ira o intenso dolor, etc.</p>
<p>En general las penas accesorias del canon 43 del C.P. se deben imponer, con la debida y adecuada motivación (Art. 59 C.P.).</p> <p>Ejemplo, «la pérdida del empleo o cargos público» en casos de corrupción según el delito realmente cometido, etc.</p>
<p>Los delitos por degradación o readecuación típica, etc. no se convierten en querellables, por tanto, no se podrá alegar falta de presentación de querrela y pretender por esta vía la declaración de caducidad a través de la preclusión o el archivo de la actuación, según el caso.</p>
<p>Los delitos por degradación o readecuación típica, etc. no se pueden terminar por indemnización integral (Art. 42 Ley 600 de 2000), por ejemplo, peculado que pasa a abuso de confianza, homicidio doloso que pasa a tener la pena del homicidio culposo, etc.</p>
<p>El término de prescripción de la acción penal es para el delito realmente cometido y no del negociado, razón por la cual no hay lugar a extinción de la acción penal<sup>67</sup>.</p>
<p>Cuando se presente degradación o readecuación típica, etc. la acción penal no puede terminar por oblación si el delito realmente cometido no lo permite (Art. 87 del C.P.).</p>
<p>La sustitución de la prisión domiciliaria tendrá en cuenta la pena del delito realmente cometido.</p>
<p>Para el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se tendrá en cuenta la pena finalmente impuesta (Art. 63 C.P.).</p>

## 22. DE **LEGE LATA** YA SE DEFINIÓ EL ASUNTO EN TEMA DE PRISIÓN DOMICILIARIA Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El asunto ya fue resuelto de **lege lata** o **lex lata** (de Derecho vigente) por el legislador, como debe ser, tanto en tema de prisión domiciliaria como de suspensión de la ejecución de la pena.

Ahora bien, de **lege ferenda** (para una futura reforma de la Ley) se debe entonces reformar el canon 63 del Código Penal para que se modifique la expresión «*la pena impuesta*» quizás por «*pena del delito cometido*», «*por conducta punible*», o similares, en cuyo caso sería aplicable entonces la jurisprudencia mayoritaria de la Corte.

<sup>67</sup> CSJ AP 3757-2021, rad. 55.141 de 25 agosto 2021.

## 23. CONCLUSIÓN

La nueva postura de la Sala Mayoritaria, en este tema concreto es así:

**Uno:** que para efectos de la prisión domiciliaria se tiene en cuenta el delito realmente cometido pues el numeral 1° del canon 38-B del Código Penal establece «*Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*»,

Lo anterior, no importa la modalidad de negociación acogida tales como, preacuerdo sin rebaja de pena, preacuerdo simple, con eliminación de causal de agravación punitiva específica, con eliminación de un cargo específico, con degradación, por readecuación típica o aceptación de un delito «*relacionado de pena menor*», con culpabilidad preacordada del artículo 369 del C.P.P., etc.

**Dos:** que para efectos de la suspensión de la ejecución de la pena (Art. 63 C.P.) se tendrá en cuenta «*la pena impuesta*».

Lo anterior, no importa la modalidad de negociación acogida tales como, preacuerdo sin rebaja de pena, preacuerdo simple, con eliminación de causal de agravación punitiva específica, con eliminación de un cargo específico, con degradación, por readecuación típica o aceptación de un delito «*relacionado de pena menor*», con culpabilidad preacordada del artículo 369 del C.P.P., etc.

## 24 SUBROGADO PENAL EN EL CASO CONCRETO

Recordemos que en este asunto se formuló imputación en contra del procesado en la modalidad de autor por el delito de *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones.*, Art. 365 del C.P., agravado por el numeral 3° «*cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades*», en concurso con lesiones personales dolosas. (Art. 111, 112 inciso 1° y 113 inciso 2° del C.P.)

En sesión de **audiencia de juicio oral**, la fiscal 240 seccional, doctora MARÍA PATRICIA LÓPEZ RINCÓN, expone a la judicatura los términos del acuerdo. La negociación consistió en que el procesado aceptó el cargo enrostrado y a cambio la Fiscalía reconoce la circunstancia diminuyente de ira e intenso dolor del Art. 57 del C.P. Se pactó pena en cuarenta y cinco (45) meses. No se acordaron subrogados penales. El procesado no tiene antecedentes penales. En efecto, así se dictó la sentencia de condena.

En el caso objeto de estudio, la pena no excede de cuatro (4) años, pues fue impuesta una sanción de cuarenta y cinco (45) meses de prisión y con respecto a «*los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena*», no hay elementos de juicio que lleven a pregonar su negativa.

El delito no se encuentra enlistado en el canon 68-A del Código Penal, adicionalmente, no tiene en su contra antecedentes penales.

Así entonces, es procedente la concesión del subrogado penal impetrado.

Se ha de conceder en favor de LUIS JOSÉ PUENTES POSADA el subrogado de la condena de ejecución condicional de la pena por un período de prueba de tres (3) años.

Se le entera y advierte del contenido del Art. 66 del Código Penal, el cual expresa:

«Artículo 66. **Revocación de la suspensión de la ejecución condicional de la pena y de la libertad condicional.** Si durante el período de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada.

Igualmente, si transcurridos noventa días contados a partir del momento de la ejecutoria de la sentencia en la cual se reconozca el beneficio de la suspensión condicional de la condena, el amparado no compareciere ante la autoridad judicial respectiva, se procederá a ejecutar inmediatamente la sentencia».

El subrogado penal se hará efectivo una vez suscrita la diligencia de compromiso de cumplir las obligaciones del Art. 65 del Código Penal, mediante caución juratoria, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial para el cumplimiento de pena privativa de la libertad de prisión.

## 25. RESOLUCIÓN

**EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL,** administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la Ley, **(i) REVOCA** el numeral 3° de la sentencia de condena, en su lugar **SE CONCEDE EL SUBROGADO PENAL** del Art. 29 de la ley 1709 de 20 enero de 2014 que reformó el Art. 63 de la Ley 599 de 2000, por un período de prueba de tres (3) años; el afiliado LUIS JOSÉ PUENTES POSADA suscribirá diligencia de compromiso del artículo 65 del Código Penal, con caución juratoria; se le entera y advierte del contenido del Art. 66 del Código Penal sobre revocatoria del subrogado concedido; **(ii)** en lo demás **RIGE EL FALLO** de condena de instancia proferido en contra del ciudadano LUIS JOSÉ PUENTES POSADA; **(iii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 360 60 99 057 2014 03942
Acusado	Luis José Puentes Posada
Delitos en concurso (Art. 31 C.P.)	Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, agravado (Art. 365 numeral 3 del C.P.).  Lesiones personales dolosas (Art. 111, 112 inciso 1° y 113 inciso 2° del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Primero (1°) penal del circuito con funciones de conocimiento de Itagüí, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación de sentencia proferida en <b>virtud de preacuerdo</b> . Se solicita subrogado del Art. 63 del C.P.
Magistrado ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

Magistrado  
**(Salvamento de voto)**



**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
Magistrado

## SALVAMENTO DE VOTO

**Radicado: 0001-60-00-000-2021-12155-00**

<b>PROCESADO:</b>	<b>JHOAN ALEXIS CARDONA GIL</b>
<b>DELITO:</b>	<b>FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO Y MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS</b>
<b>MAGISTRADO</b>	<b>HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA</b>

Con mi acostumbrado respeto a lo decidido por la mayoría, considero que en esta oportunidad debió la Sala confirmar la decisión que se revisa por los argumentos que a continuación expondré y que me llevaron a salvar el voto.

Para el suscrito el problema jurídico en este asunto se circunscribe a verificar si para efectos de la suspensión de la ejecución de la pena (Art. 63 C.P.) se debe tener en cuenta únicamente «*la pena impuesta*» como resultado del preacuerdo o si, por el contrario, este subrogado se debe analizar de cara al delito imputado y por la cual se profirió la sentencia correspondiente, bajo el entendido de que en la negociación se señala una pena diferente, pero sólo para efectos punitivos, por lo cual la sentencia acordada se emite según lo pactado, pero con las consecuencias jurídicas del delito realmente cometido, entre ellos los subrogados penales.

Conocedor de las posiciones antagónicas presentadas al interior de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al tema de los subrogados penales en tratándose de sentencias anticipadas, ellas son: de un lado la tesis mayoritaria de que se debe tener en cuenta la pena impuesta por el delito realmente cometido; y, del otro, que es la pena que finalmente se imponga como fruto de la negociación, de tiempo atrás el suscrito había tomado postura, adhiriéndome a la posición mayoritaria del tribunal de cierre, jurisprudencia ya consolidada en torno al alcance y legalidad de los preacuerdos, tesis de la que incluso también participara quien aquí funge como

magistrado ponente como se puede observar en el radicado 05360-60-99057-2021-00001<sup>68</sup>, donde se conoció de un asunto similar.

Para el suscrito, como así se ha venido reconociendo, son conceptos diferentes el delito imputado y el delito negociado, lo cual es necesario recordar de cara a que indudablemente, así se trate de sentencias anticipadas que pongan fin al proceso penal, la responsabilidad penal se debe establecer finalmente es por el delito que realmente se cometió, de eso no hay duda.

Ciertamente que el preacuerdo no produce cambios en la naturaleza del delito imputado, pues sus efectos son solo de índole punitivo<sup>69</sup>, obrar en contrario vulneraría el principio de legalidad, atendiendo a que conforme al poder sancionatorio del Estado "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*" y no por el delito negociado.

En el caso concreto, en el preacuerdo se degradó la responsabilidad al reconocerse la disminuente de la ira e intenso dolor; no obstante, la condena se debe hacer en términos de la conducta cometida y como única contraprestación procede la imposición del *quantum* de la pena degradada en razón al preacuerdo, aceptando así las razones expuestas de tiempo atrás en el salvamento de voto que presentara para la época el Magistrado Eugenio Fernández Carlier<sup>70</sup>, cuando señaló:

*5.7. La condena por el delito cometido no afecta la justicia premial.*

*La propuesta formulada en este salvamento no afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, quien a ellos se somete recibe el beneficio punitivo que le corresponde, no se le niega, solo que se le declara culpable por lo que realmente hizo y como consecuencia de aceptar ese cargo se le impone una pena menor que resulta de la tasación conforme al ilícito acordado.*

*Queda así precisado por qué para resguardar garantías nunca se puede declarar responsable al procesado en los preacuerdos por la tipicidad convenida en el preacuerdo, sino por la que corresponde a la atribuida en la imputación y que obedece a la estricta tipicidad de los hechos, solo que la pena y los subrogados si deben corresponder a la sanción negociada en el preacuerdo simple, degradado o con readecuación.*

*5.8. Marco jurídico de las penas para subrogados y beneficios en los preacuerdos.*

---

<sup>68</sup> Sentencia 19 de octubre de 2021, condenado Helman Antonio Carrales Torres, M.P. José Ignacio Sánchez Calle.

<sup>69</sup> Artículo 353 C.P.P.

<sup>70</sup> CSJ, radicado 46101 del 1º de junio de 2016.



*Resta por decir que en los casos en que el subrogado o beneficio no está prohibido por la Ley, tales mecanismos se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, éstos últimos se apreciarán conforme a lo demostrado en el proceso y los primeros dependen de marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y es ese marco o la pena impuesta y no otros los que determinen si hay lugar a conceder o negar el sustituto penal.*

*Los supuestos para la definición de los subrogados, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscribe no a la responsabilidad declarada sino sobre la a la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta.*

*En las condiciones señaladas, me aparto del criterio mayoritario de la sala, porque a mi juicio refunde en una sola modalidad de preacuerdo las dos hipótesis del inciso segundo del artículo 350 del C.P.P. y les asigna el mismo tratamiento, cuando no es equivalente, como se vio, pues se sostiene que en todos los casos se debe condenar no por el delito imputado sino por la tipicidad que surja de la eliminación de una agravante, un cargo específico o una readecuación de tipo penal, solución ésta que no comparto, además que ello conlleva a admitir situaciones ilegales, desconocedoras de situaciones reglas por la Carta Política”.*

Resulta claro que cuando se declara culpable a una persona por un delito que no cometió se afecta el debido proceso penal, el cual repercute no solo en el condenado, sino que también en los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición), derivadas del numeral 7º del artículo 250 de la Constitución Política, así como en otras figuras jurídicas como la prescripción de la acción penal y el principio de legalidad.

Es evidente que los efectos de la negociación se reflejan en la menor pena impuesta, no en vano nuestro legislador dispone en el inciso 2º del Art. 350 del CPP que *"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: (...) 2. Tipifique la conducta dentro de sus alegaciones conclusivas, de una forma específica **con miras a disminuir la pena**".* (Se resalta).

La misma sentencia de constitucionalidad<sup>71</sup> del artículo citado señaló que: *"el fiscal en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente."*

---

<sup>71</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1560 del 5 de diciembre de 2005.

No fue otra la intención de nuestro legislador que la de conceder una rebaja de pena en razón a los preacuerdos, sin cambiar el delito imputado, mismo por el cual se señala la responsabilidad penal.

Hoy existe jurisprudencia consolidada la cual fue recapitulada nuevamente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP359 de 2022 (54535) de 16 de febrero, en la cual expresamente se señaló:


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

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

Así las cosas, bajo el entendido de la ficción jurídica que representa el preacuerdo, no pueden las partes, usando una figura jurídica que sólo está consagrada para atemperar la pena, la cual eventualmente pueda ser compatible cuantitativamente con el requisito objetivo demandado por el artículo 63 del Código Penal, concluir libremente que procede dicho subrogado penal, pues esto desconoce la realidad de lo narrado en la hipótesis factual de la imputación, como límite a la facultad de negociación de la Fiscalía General de la Nación.

Razón suficiente para considerar que fue acertada la decisión del juez de primera instancia, la cual debió ser confirmada.

En esos términos dejo consignado mi disentimiento con la decisión mayoritaria.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name.

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
**Magistrado**

(Firma en la fecha ut supra)