

**TEMA: PRISIÓN DOMICILIARIA EN EL MARCO DE UN PREACUERDO PENAL**– Análisis y aplicación de los requisitos legales para la concesión de la prisión domiciliaria en el contexto de un preacuerdo penal, con énfasis en la interpretación del artículo 38B del Código Penal colombiano y el principio de congruencia procesal. Según el principio de congruencia, se determina que debe evaluarse la pena con base en el preacuerdo, no en la imputación original. /

**HECHOS:** El 1 de octubre de 2020, JRGT fue detenido en la Terminal del Norte de Medellín con un revólver calibre 38 sin permiso. Se legalizó su captura y se le imputó el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego. En 2023, se celebró un preacuerdo en el que aceptó cargos como cómplice, a cambio de una pena de 54 meses de prisión. El juez de primera instancia negó la prisión domiciliaria, argumentando que no se cumplían los requisitos del artículo 38B del Código Penal. La Sala deberá determinar el siguiente problema jurídico: - ¿Los criterios de humanidad e inconveniencia de la prohibición, son fundamentos plausibles para otorgar la prisión domiciliaria pese al incumplimiento de los requisitos objetivos del artículo 38B de la Ley 599 del 2000? En caso de ser negativa la respuesta al anterior interrogante, la Sala debe acometer el estudio de otra situación problemática del siguiente tenor: - ¿Cuál es la incidencia del preacuerdo respecto al estudio de beneficios y subrogados penales?

**TESIS:** Para que proceda la sustitución de la pena de prisión por la domiciliaria es menester analizar en cada caso si se reúnen los requisitos consagrados en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000 el cual fue introducido por la Ley 1709 de 2014(...) En criterio de la Sala, la norma establece dos tipos de requisitos, unos presentes para la concesión del beneficio y otros hacia futuro que garantizan la permanencia del mismo. Los primeros son los establecidos en los numerales 1 a 4 del artículo en cita, los cuales son una condición sine qua non para el otorgamiento del mismo en la sentencia, esto es: que la pena mínima prevista para la conducta punible sea de 8 años de prisión o menos, que se demuestre arraigo social y familiar, que no sea un delito previsto en el listado del inciso 2 del artículo 68 A y que se preste la caución prendaria o juratoria. Además, el acusado, de acuerdo al inciso primero del artículo 68A de la misma codificación, esto es, no debe tener sentencias condenatorias por delitos dolosos en los 5 años anteriores a la ocurrencia de los hechos. Los segundos requisitos se refieren a las obligaciones establecidas en el numeral cuarto, que se garantizan mediante la referida caución y que por lo mismo en caso de incumplirse ya no afectan la concesión del beneficio en la sentencia, sino que implican su revocatoria (...) Ahora bien, el incumplimiento de los anteriores requisitos ineluctablemente origina la no concesión del sustituto de la prisión intramural por domiciliaria, sin que pueda ser de recibo para obviar ese incumplimiento razones de humanidad o de conveniencia tales como el buen comportamiento social y familiar del procesado, ni mucho menos la no necesidad de la reclusión formal, pues ellos son criterios que no son valorados por la norma con miras a la concesión de dicho beneficio.(...) es claro para la Sala que, tal y como lo adujera el juez a quo, con tales medios aportados no es posible conceder la prisión domiciliaria en favor del señor JRGT, por falta de cumplimiento de requisitos objetivos del artículo 38B del Código Penal. La razón de ser de lo anterior estriba en que, el delito por el que resultó condenado el señor JRGT, comporta una pena mínima de 9 años, baremo superior a los 8 años de prisión contemplados en el primer numeral del canon 38B del C.P., aspecto que descarta el cumplimiento del primer requisito objetivo de la norma en comento. (...) Por estas simples, pero contundentes razones es que la Sala encuentra que las meras razones de humanidad esbozadas por el censor son insuficientes para acceder a beneficios y subrogados por incumplimiento, en un principio, de los requisitos legales.(...) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la propia Corte Constitucional, con asidero en nuestra nueva normativa procesal penal, construyeron un fuerte precedente jurisprudencial en torno al diseño del nuevo esquema procesal, lo que tiene incidencia directa en

los roles que las partes e intervinientes procesales tienen en el mismo y a su vez ha servido de parámetro para desarrollar las diversas instituciones de justicia premial, como es el caso de los preacuerdos, que es lo que hoy concita la atención de la Sala.(...) a partir de la sentencia de unificación SU-479 de 2019 y las sentencias 52227 y 50659 de 2020, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, cambiaron nuevamente el rumbo de sus precedentes frente a los preacuerdos(...)En la referida sentencia SU-479 de 2019, la Corte Constitucional replanteó toda la institución jurídica de los preacuerdos que hasta ese momento había sido delineada por la Corte Suprema de Justicia y estableció para las negociaciones de la Fiscalía un control material fuerte por parte del juez de conocimiento, advirtiendo que toda las modificaciones que sobre los hechos y la calificación jurídica se hiciera por la Fiscalía en virtud de un preacuerdo, debían tener soporte probatorio, pues de no contar con dicho sustento, se vulneraba el debido proceso, los derechos de las víctimas, se desprestigiaba a la administración de justicia y no se optaba por una solución adecuada de los conflictos sociales. Fue a propósito de esa decisión, que la Corte Suprema profirió la providencia 52227 del 24 de junio de 2020, alineándose ahora con la nueva postura de la Corte Constitucional para establecer que la labor de la Fiscalía es reglada y tiene como limitantes el ordenamiento legal, el constitucional y el interno de la propia entidad y conviniendo con la Constitucional en los dos puntos axiales que sustentan la SU-479(...)se puede decir que la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y de la Corte Constitucional va dirigida ahora a la prohibición de beneficios en los preacuerdos que no tenga base fáctica. La única excepción que plantea la primera Corporación en comento es lo relativo a la ficción de condenar por el delito original, pero con una pena menor establecida en otro tipo o calificación jurídica ficticia y consensuada, como resultado del preacuerdo.(...) la Sala en este caso, optará por hacer una explicación detallada de las razones que la llevan a desatender lo planteado en la última doctrina expuesta por la Corte Constitucional (SU-479 /19) y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (52227 de 2020), en relación con la institución de los preacuerdos.(...) en sentir de la Sala -que acoge la anterior postura de la Sala de Casación Penal-, desestructura todo el sistema de justicia premial, pues un beneficio que se conceda porque está demostrado en el proceso, sin más, no es una manifestación de justicia premial o negociada, sino una clara aplicación del principio de legalidad, como quedó perfectamente claro en la sentencia C-1260 de 2005, en donde la Corte estableció que ciertamente la Fiscalía no puede inventarse delitos, pues debía hacer una adecuación típica de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes emergidos de la investigación; pero jamás dijo, y no lo podía decir porque la ley establece otra cosa, que los beneficios deban tener soporte probatorio.(...) Nótese, pues, que la Corte en esa sentencia de unificación, crea requisitos legales no previstos por el legislador, en tanto en esa norma, ni en ninguna otra, se habla de que para conceder beneficios deba tenerse referente probatorio, porque eso, aparte de todo lo dicho, es un contrasentido lógico, en tanto, un beneficio no puede ser algo a lo que se tenga derecho, sino que es una dádiva que vuelve atractiva la transacción procesal de la cual también va a salir beneficiado el Estado.(...) Eso de condenar por un delito, pero aplicarle la pena de otro que fue preacordado, no solo desconoce abiertamente las facultades de negociación autorizada por la ley a las partes y su voluntad, sino que socava las bases mismas del principio de congruencia porque la sentencia desconocerá los reales términos del acuerdo, que hace las veces de acusación. (...) En pocas palabras: el preacuerdo, como acusación que es, es el derrotero fáctico-jurídico del proceso, y si aquel fue aprobado por el juez, se debe respetar de manera íntegra todos sus términos al momento de proferir la sentencia para preservar el principio de congruencia y todas las demás garantías y principios que de ahí dimanen, tal como se acaba de analizar.(...) En el presente evento la Fiscalía imputó al señor John Reinaldo Gutiérrez Tabárez como autor del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, contemplado en el artículo 365 del código de las penas,. Se acordó por las partes que el señor Gutiérrez Tabarez aceptara los cargos a cambio de la variación de su intervención

en la conducta de autor a cómplice y una pena de 54 meses de prisión. Dicho acuerdo lo aprobó el juez, y procedió a dictar la sentencia condenatoria con base en los términos de la negociación realizada por las partes; empero, al momento de determinar la concesión de beneficios y subrogados penales en favor del acusado por considerar que no estaban dados los presupuestos objetivos de los artículos 38B y 63 del C.P., de conformidad con el delito inicialmente imputado, esto es, fabricación tráfico o porte de armas de fuego en calidad de autor.(...) Encuentra la Sala que lo que debió verificarse para estudiar los beneficios y subrogados no era el delito originalmente imputado, sino el resultante del preacuerdo, por lo que se expone a continuación: Como ya se explicó con suficiencia en el acápite que precede, si se tiene que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 350 del código de procedimiento penal, el acuerdo celebrado entre acusado y Fiscalía hace las veces de acusación, ello implica, sin más, que el convenio procesal es el marco fáctico-jurídico de la actuación penal y, por supuesto, de la sentencia.(...) En consecuencia, las valoraciones atinentes al otorgamiento de subrogados y mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, deben ser analizados a la luz del resultado del preacuerdo y no, como lo hizo el funcionario de primer nivel, siguiendo en ello a la Sala de Casación Penal, con fundamento en el delito inicialmente imputado. La razón de ser de lo anterior es sencilla: el nuevo marco de legalidad del proceso se rige por lo presentado por las partes en su aceptación consensuada de responsabilidad, vista esta como la nueva estructuración de la pretensión punitiva del Ente Acusador.(...)

MP: LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

FECHA: 10/04/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: JEANNETTE LUCÍA NOVOA MONTOYA

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## SALA DE DECISIÓN PENAL

**Medellín, diez (10) de abril de dos mil veinticinco (2025).**

**Radicado:** 050016000206202014651  
**Procesado:** Jhon Reinaldo Gutiérrez Tabarez  
**Delito:** Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego  
**Asunto:** Apelación de Sentencia –Preacuerdo–  
**Sentencia:** No. 17. Aprobada por acta No. 49 de la fecha.  
**Decisión:** Revoca parcialmente.

### **Magistrado Ponente**

**Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

#### **1. ASUNTO A DECIDIR**

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor **John Reinaldo Gutiérrez Tabarez**, en contra de la sentencia del 23 de abril de 2024, proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual y en virtud de un preacuerdo, condenó al antes citado, por el punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, imponiéndole una pena de 54 meses de prisión, a su vez que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

## **2. ACONTECER FÁCTICO**

La presente actuación, tuvo su génesis el 1 de octubre de 2020 siendo las 23:45, cuando en la terminal de transporte del Norte en la ciudad de Medellín, fue detenido el señor **John Reinaldo Gutiérrez Tabarez**, por miembros de la Policía Nacional, tras advertirse por parte de uno de los guardias de seguridad de la terminal en cuestión, encargado del procedimiento de control por medio de escáner, que el señor **Gutiérrez Tabarez** llevaba consigo un arma de fuego, tipo revolver, marca MARTIAL, calibre 38 SPL.

El material bélico incautado, resultó apto, además de ello, el acusado no disponía de permisos para su porte o tenencia.

## **3. DESARROLLO PROCESAL**

El 2 de octubre de 2020, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se declaró legal la captura del señor **John Reinaldo Gutiérrez Tabarez**. La fiscalía formuló imputación por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, cargo que no fue aceptado por el imputado. Por último, pese a la solicitud, el juzgado no accedió a la imposición de medida de aseguramiento.

El 30 de noviembre de 2020 la fiscalía presentó escrito de acusación que por reparto le correspondió al Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín. En audiencia de 16 de junio de

2023, la fiscalía presentó preacuerdo consistente en la aceptación de cargos del señor **John Reinaldo Gutiérrez Tabarez**, a cambio del reconocimiento, solo para efectos punitivos, de la modalidad de intervención a título de cómplice y una pena de 54 meses de prisión, negociación que fue aprobada por el Juzgado de origen, dándose espacio a la audiencia de individualización de la pena.

El 10 de octubre 2023, el Despacho dio curso a la audiencia de individualización de la pena, donde el abogado de la defensa deprecó la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria, bajo criterios de humanidad de la pena del artículo 4 del código penal.

Por último, el 23 de abril de 2024, el juzgado de primer nivel profirió sentencia respectiva, sujeta a los términos del preacuerdo en la cual, además, le negó al señor **John Reinaldo Gutiérrez Tabarez** la prisión domiciliaria solicitada, aspecto confutado por el ciudadano.

#### **4. LA SENTENCIA APELADA**

Para los efectos del recurso interpuesto, indicó el fallador de primera instancia la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, aludiendo a la ausencia de elementos objetivos de los artículos 38B y 63 del Código Penal, así como falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 314 -5 del

código de procedimiento penal, en el marco de las leyes 750 de 2002, 82 de 1993 y 1232 de 2008.

Al respecto, adujo el funcionario judicial que la figura de madre cabeza de familia, implica la jefatura exclusiva y permanente sobre los menores de edad o personas incapaces, sin que figuren de por medio otros familiares. Asimismo, para efectos de la acreditación de dicha calidad en el caso de los hombres, estos están sujetos al cumplimiento concurrente de los requisitos para el acceso del subrogado penal.

Así, por no cumplirse con los parámetros establecidos para considerar del acusado la condición de padre cabeza de familia, se le negó el acceso a la prisión domiciliaria.

## **5. DE LA IMPUGNACIÓN**

La defensa interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, señalando que el juez resolvió la solicitud de concesión de la sustitución de prisión intramural por domiciliaria basado en los requisitos exigidos en el artículo 314 numeral 5 de Código de Procedimiento Penal, pasando por alto, que el enfoque señalado para la solicitud de la sustitución de la pena, obedeció a los criterios de humanidad derivados del artículo 4 del Código Penal.

Adujo que el otorgamiento de la prisión domiciliaria no contrariaba los principios de la pena ni obstruía el ejercicio de la justicia; por el contrario, el beneficio haría que el encartado

pudiera trabajar y asumir las necesidades de sus seres queridos, máxime cuando se requiere de su soporte económico y emocional para el subsistir del núcleo familiar extenso.

En consecuencia, solicitó se revocara el fallo de instancia, en el sentido de concederle el beneficio de la prisión domiciliaria.

## **6. LOS NO RECURRENTES**

Los no recurrentes guardaron silencio en el término del respectivo traslado.

## **7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**

### **7.1 Competencia.**

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa, en contra de la sentencia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, debido a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión al punto central de impugnación y las cuestiones inescindibles a ello.

### **7.2. Problema jurídico**

Planteadas, así las cosas, la Sala deberá determinar el siguiente problema jurídico:

- ¿Los criterios de humanidad e inconveniencia de la prohibición, son fundamentos plausibles para otorgar la prisión domiciliaria pese al incumplimiento de los requisitos objetivos del artículo 38B de la Ley 599 del 2000?

En caso de ser negativa la respuesta al anterior interrogante, la Sala debe acometer el estudio de otra situación problemática del siguiente tenor:

- ¿Cuál es la incidencia del preacuerdo respecto al estudio de beneficios y subrogados penales?

Para una mejor estructura lógica, la Sala abordará cada asunto en particular.

**7.2.1. ¿Los criterios de humanidad e inconveniencia de la prohibición, son fundamentos plausibles para otorgar la prisión domiciliaria pese al incumplimiento de los requisitos objetivos del artículo 38B de la Ley 599 del 2000?**

Para que proceda la sustitución de la pena de prisión por la domiciliaria es menester analizar en cada caso si se reúnen los requisitos consagrados en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000 el cual fue introducido por la Ley 1709 de 2014 que establece:

**“REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA.**

Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.”.

Respecto al referido sustituto, la Corte Constitucional en sentencia C 328 del 2016, mencionó que:

“la prisión domiciliaria es una institución jurídica penal que ofrece formas alternativas de ejecución de la pena diferente al internamiento en un centro de reclusión, pues permite evitar la configuración de los problemas y defectos de las penas tradicionales y efectiviza la función de resocialización de la pena.

Los requisitos para que los condenados puedan acceder a este mecanismo alternativo se encuentran consagrados en el artículo 38B del Código Penal, a saber: **i) la pena mínima privativa de prisión debe ser de 8 años o menos;** ii) los delitos sancionados no pueden ser los incluidos en el inciso 2° del artículo 68<sup>a</sup> de 2000; iii) el condenado debe demostrar el arraigo familiar y social; iv) la constitución de una caución judicial.

En conclusión, la pena privativa de la libertad, por regla general se cumple intra muros en centro de reclusión, sin embargo, la misma puede tener una pena alternativa de prisión domiciliaria, entendida por esta Corporación como un mecanismo eficaz para alcanzar los fines de resocialización de la pena. **El acceso a esta pena alternativa, está condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley**”. – Negrillas nuestras-

En criterio de la Sala, la norma establece dos tipos de requisitos, unos presentes para la concesión del beneficio y otros hacia futuro que garantizan la permanencia del mismo.

Los primeros son los establecidos en los numerales 1 a 4 del artículo en cita, los cuales son una condición **sine qua non** para el otorgamiento del mismo en la sentencia, esto es: que la pena mínima prevista para la conducta punible sea de 8 años de prisión o menos, que se demuestre arraigo social y familiar, que no sea un delito previsto en el listado del inciso 2 del artículo 68

A y que se preste la caución prendaria o juratoria. Además, el acusado, de acuerdo al inciso primero del artículo 68A de la misma codificación, esto es, no debe tener sentencias condenatorias por delitos dolosos en los 5 años anteriores a la ocurrencia de los hechos.

Los segundos requisitos se refieren a las obligaciones establecidas en el numeral cuarto, que se garantizan mediante la referida caución y que por lo mismo en caso de incumplirse ya no afectan la concesión del beneficio en la sentencia, sino que implican su revocatoria, por ejemplo, el pago de los perjuicios impuestos en la sentencia del incidente de reparación integral, es una condición que inescindiblemente debe cumplirse para que permanezca el beneficio concedido.

Ahora bien, el incumplimiento de los anteriores requisitos ineluctablemente origina la no concesión del sustituto de la prisión intramural por domiciliaria, sin que pueda ser de recibo para obviar ese incumplimiento razones de humanidad o de conveniencia tales como el buen comportamiento social y familiar del procesado, ni mucho menos la no necesidad de la reclusión formal, pues ellos son criterios que no son valorados por la norma con miras a la concesión de dicho beneficio.

Obviarse la objetividad de dichos requisitos comportaría una clara violación al principio de legalidad de las sanciones penales sino hay de por medio razones de orden convencional, constitucional o principal que así lo dispongan.

### **7.2.1.1. Del caso concreto**

En el presente asunto, el abogado del señor **John Reinaldo Gutiérrez Tabarez** deprecó en el recurso de alzada la concesión de la prisión domiciliaria por ser una persona con ejemplar comportamiento familiar y social, además, por encargarse del cuidado y manutención de sus hijos, esposa, padre y suegra, de quienes alega dependen económica y emocionalmente de él.

Para sustentar probatoriamente su petición, se adjuntaron sendos documentos, tales como: certificación de antecedentes penales, disciplinarios y fiscales, certificación académica, escrito de la Junta de Acción Comunal del sector el Tanque de Argelia donde se alude su calidad de buen vecino, certificado de defunción de su madre, certificados estudiantiles de sus hijos, diversos certificados laborales, fotocopia de la cuenta de servicios públicos, documentos de identidad de los integrantes de su núcleo familiar, documentos que constatan la vigencia de un préstamo bancario, documento declarativo sobre su calidad de víctima del conflicto armado, y por último, informe psicosocial elaborado por la Psicóloga Especialista Isabel Catalina Bedoya.

Revisando con detenimiento la documentación reseñada, es claro para la Sala que, tal y como lo adujera el juez *a quo*, con tales medios aportados no es posible conceder la prisión domiciliaria en favor del señor **Gutiérrez Tabarez**, por falta de cumplimiento de requisitos objetivos del artículo 38B del Código Penal.

La razón de ser de lo anterior estriba en que, el delito por el que resultó condenado el señor **Gutiérrez Tabarez**, comporta una pena mínima de 9 años, baremo superior a los 8 años de prisión

contemplados en el primer numeral del canon 38B del C.P., aspecto que descarta el cumplimiento del primer requisito objetivo de la norma en comento.

Ahora bien, los planteamientos enseñados por el censor para que se revocara la denegación y acceder al sustituto de la prisión domiciliaria, no son suficientes frente a las exigencias objetivas de los artículos ya mencionados, en tanto, aquellos pretenden acreditar el buen comportamiento social y familiar del acusado, aspectos que resultan en un todo insuficientes para propender por el otorgamiento del sustituto.

Lo anterior tiene fundamento en que el artículo 38B del Código Penal no establece ninguno de esos aspectos como requisito para acceder a la prisión domiciliaria. Además, no es viable que el operador jurídico pueda obviar el cumplimiento de los que sí contempla la norma por criterios de mera humanidad y conveniencia como son los esbozados por el censor, pues esto conllevaría a una extrema flexibilización de las penas, las cuales quedarían casi que a la subjetividad del juez, lo que afecta de gran manera nuestro modelo de justicia penal.

Por estas simples, pero contundentes razones es que la Sala encuentra que las meras razones de humanidad esbozadas por el censor son insuficientes para acceder a beneficios y subrogados por incumplimiento, en un principio, de los requisitos legales.

Concluido este primer punto, la Sala abordara la solución del segundo interrogante planteado.

### **7.2.2. ¿Cuál es la incidencia del preacuerdo respecto al estudio de beneficios y subrogados penales?**

Para abordar el asunto, lo primero que debe destacarse es que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la propia Corte Constitucional, con asidero en nuestra nueva normativa procesal penal, construyeron un fuerte precedente jurisprudencial en torno al diseño del nuevo esquema procesal, lo que tiene incidencia directa en los roles que las partes e intervinientes procesales tienen en el mismo y a su vez ha servido de parámetro para desarrollar las diversas instituciones de justicia premial, como es el caso de los preacuerdos, que es lo que hoy concita la atención de la Sala.

Ya desde el año 2005, la Corte Constitucional al sentar las bases del nuevo modelo procesal que se había implementado en Colombia a raíz del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, estableció que como el nuevo procedimiento tiene una marcada tendencia acusatoria, el mismo se caracteriza por una estricta distribución y división de roles entre la Fiscalía, la defensa y el juez, lo que da lugar ciertamente a un proceso adversarial en donde la primera tendrá de manera exclusiva la titularidad de la acción penal, es decir, *el poder requirente* o la facultad de acusar, la defensa por su parte tendrá todas las posibilidades fácticas y jurídicas de ejercer la oposición a la acusación por medio de su *facultad defensiva*, a la vez que el juez, ubicado en el centro de este cuadrilátero dialéctico ejercerá la *función jurisdiccional* de decidir el conflicto, acogiendo con

absoluta objetividad e imparcialidad una de las pretensiones de los litigantes enfrentados en igualdad de condiciones<sup>1</sup>

En razón de esa diferenciación de roles, al fiscal se le había reconocido total autonomía para hacer la adecuación típica de la imputación y de la acusación y por esa misma vía la de los preacuerdos; sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-1260 de 2005, estableció una importante subregla al indicar que la Fiscalía en uso de esa función acusadora no podía crear tipos penales y por ende el juicio de imputación estaba sometido a los principios de objetividad y legalidad; es decir, que aquella, cuando se dispone realizar el ejercicio de subsunción normativa de los hechos delictivos, debe proceder de la manera más razonable y objetiva posible, es decir, solo imputar lo que se encontraba debidamente acreditado para ese momento.

De ahí, entonces, que esa total autonomía que tenía la Fiscalía para hacer la adecuación típica solo tenía como limitante el principio de legalidad de los delitos y de las penas, por lo que el ente de instrucción para el respectivo ejercicio de subsunción normativa no podía desconocer el núcleo esencial de los hechos.

De ahí, surge entonces la potestad para el ente acusador de celebrar acuerdos de responsabilidad con la defensa, ello bajo el marco legal desarrollado en los artículos 348 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencias C-591 y C-592 de 2005

En efecto, ese apartado del código de procedimiento penal del 2004 estableció una serie de reglas para la realización de negociaciones y preacuerdos entre el acusado y el ente acusador dentro de lo cual se destaca que ese resultado del convenio celebrado entre las partes hacía las veces de escrito de acusación y se debía presentar ante el juez de conocimiento<sup>2</sup>.

Empero, es lo cierto que a partir de la sentencia de unificación SU-479 de 2019 y las sentencias 52227 y 50659 de 2020, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de justicia, cambiaron nuevamente el rumbo de sus precedentes frente a los preacuerdos, asumiendo una visión novedosa del asunto, como se verá a continuación:

En la referida sentencia SU-479 de 2019, la Corte Constitucional replanteó toda la institución jurídica de los preacuerdos que hasta ese momento había sido delineada por la Corte Suprema de Justicia y estableció para las negociaciones de la Fiscalía un control material fuerte por parte del juez de conocimiento, advirtiendo que toda las modificaciones que sobre los hechos y la calificación jurídica se hiciera por la Fiscalía en virtud de un preacuerdo, debían tener soporte probatorio, pues de no contar con dicho sustento, se vulneraba el debido proceso, los derechos de las víctimas, se desprestigiaba a la administración de justicia y no se optaba por una solución adecuada de los conflictos sociales.

Fue a propósito de esa decisión, que la Corte Suprema profirió la providencia 52227 del 24 de junio de 2020, alineándose ahora

---

<sup>2</sup> Art. 350 Inc. 1 de la Ley 906 de 2004

con la nueva postura de la Corte Constitucional para establecer que la labor de la Fiscalía es reglada y tiene como limitantes el ordenamiento legal, el constitucional y el interno de la propia entidad y conviniendo con la Constitucional en los dos puntos axiales que sustentan la SU-479 en comentario: uno, que los beneficios otorgados por la Fiscalía en un preacuerdo deben tener base probatoria y, dos, que las circulares del Fiscal General de la Nación son fuentes normativas vinculantes para todos los operadores jurídicos, entre los que se encuentran, por supuesto, los jueces.

Con este nuevo derrotero, la Corte explica cómo tradicionalmente se han venido desarrollando los preacuerdos en Colombia, para concluir que, en términos generales, han sido de tres clases, de los cuales realmente solo uno es admisible bajo la nueva hermenéutica adoptada para la justicia negocial:

1. Dados unos hechos reales que tienen sustento en la evidencia y los elementos materiales probatorios recogidos en la investigación, se cambia la calificación jurídica para obtener beneficios punitivos y penitenciarios. Para la Corte, como esos beneficios otorgados por la Fiscalía no tienen ningún sustento probatorio resulta inadmisibles el preacuerdo. Es decir, que para la Sala de Casación Penal, al igual que para la Corte Constitucional, solo son admisibles cambios en la calificación jurídica que tengan por lo menos un mínimo probatorio que los sustente.
2. Respetando los hechos y la adecuación típica original, para hacer prevalecer el principio de legalidad, se puede

preacordar una pena más benéfica de un tipo penal diferente, sin que ello comprometa el análisis de la ejecución de la sanción porque esta se hará de acuerdo al delito real. Según la Corte, esto es admisible hacerlo, pero tiene varios límites y criterios de validación, entre ellos i) La fase procesal en la que se da el preacuerdo, ii) El daño infligido a las víctimas, iii) Las reales reparaciones que el procesado otorgue a las víctimas, iv) La colaboración que preste el procesado para el esclarecimiento de los hechos, v) la información que suministre el procesado para el juzgamiento de los otros copartícipes y vi) El verdadero arrepentimiento que demuestre el procesado sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición<sup>3</sup>.

3. Es posible la modificación fáctica de la imputación o acusación a raíz de nuevos elementos probatorios que recopile la Fiscalía en razón del plan metodológico o por la confrontación con la teoría del caso de la defensa. Empero, en este caso, la Fiscalía deberá dejar claro al juez si la modificación de los cargos que permitieron que la pena sea más benigna es por lo anterior o debido a un preacuerdo entre las partes.

Como claramente se puede observar, de acuerdo al nuevo precedente jurisprudencial, realmente la única opción admisible de justicia premial es la segunda hipótesis en tanto la primera la prohíbe la Corte de manera tajante y la tercera realmente es un desarrollo del principio de legalidad y no una manifestación de justicia negociada.

---

<sup>3</sup> Página 58, radicado 52227 del 24 de junio de 2020 CSJ

Como gran conclusión de todo esto, se puede decir que la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y de la Corte Constitucional va dirigida ahora a la prohibición de beneficios en los preacuerdos que no tenga base fáctica. La única excepción que plantea la primera Corporación en comentario es lo relativo a la ficción de condenar por el delito original, pero con una pena menor establecida en otro tipo o calificación jurídica ficticia y consensuada, como resultado del preacuerdo.

Frente a este panorama, lo primero que se debe decir es que por regla general los precedentes de las Cortes de Cierre son de obligatorio cumplimiento para todos los demás operadores jurídicos y comunidad en general a efectos de preservar principios muy caros a los Estados Constitucionales de Derechos como son la igualdad y la seguridad jurídica, --según decantada jurisprudencia constitucional, que por cierto se trae a colación en la misma SU-479 de 2019--; sin embargo, esa misma doctrina explica que para preservar de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, que es otro principio y valor constitucional previsto en el artículo 230 Superior, es posible que esos mismos operadores jurídicos se puedan apartar del precedente a condición, entre otras hipótesis, de que se expliciten los argumentos del mismo y se den sólidas razones para no compartirlos<sup>4</sup>. En este sentido la carga argumentativa de quien decide apartarse del precedente es muy grande y por obvias razones en este caso no se incluyen las sentencias de constitucionalidad.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, rads. C-836-2001, SU-479 de 2019, entre otras muchas más.

Entonces, teniendo claro que las decisiones de las altas Cortes constituyen precedente judicial que debe ser acatado por los jueces de inferior jerarquía, pero que, excepcionalmente puede haber un apartamiento justificado de las mismas, la Sala en este caso, optará por hacer una explicación detalla de las razones que la llevan a desatender lo planteado en la última doctrina expuesta por la Corte Constitucional (SU-479 / 19) y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (52227 de 2020), en relación con la institución de los preacuerdos.

Respecto al asunto de fondo, la Corte Constitucional plantea que para conceder un beneficio en virtud de un preacuerdo, este tiene que tener soporte probatorio, lo cual, en sentir de la Sala -que acoge la anterior postura de la Sala de Casación Penal-, desestructura todo el sistema de justicia premial, pues un beneficio que se conceda porque está demostrado en el proceso, sin más, no es una manifestación de justicia premial o negociada, sino una clara aplicación del principio de legalidad, como quedó perfectamente claro en la sentencia C-1260 de 2005, en donde la Corte estableció que ciertamente la Fiscalía no puede inventarse delitos, pues debía hacer una adecuación típica de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes emergidos de la investigación; pero jamás dijo, y no lo podía decir porque la ley establece otra cosa, que los beneficios deban tener soporte probatorio.

En efecto, los preacuerdos y negociaciones es una institución procesal que busca procesos céleres para privilegiar la eficacia y celeridad de la Administración de Justicia, para lo cual se ofrece algún beneficio punitivo al procesado a cambio de que este acepte de manera anticipada su responsabilidad.

Como se puede observar es claro que el legislador a través de esta figura de negociación, flexibiliza el principio de legalidad y obviamente permite crear algunas ficciones jurídicas, eso sí con ciertas limitaciones, a efectos de que sea atractivo para el imputado someterse a un proceso abreviado en donde, ni más ni menos, renuncia a su presunción de inocencia y sin fórmula de juicio acepta su culpabilidad a cambio de que la Fiscalía obviamente le dé un beneficio verdadero, traducido realmente en una dádiva punitiva en punto a la cantidad o la calidad.

Precisamente de eso se trata la justicia premial: que las dos partes cedan o entreguen algo, a cambio también de algo, por eso se habla de que en este modelo de justicia el principio de legalidad se flexibiliza con ciertos y precisos límites a efectos de evitarse el desgaste de un juicio y la incertidumbre del resultado. Se trata de una negociación en donde hay contraprestaciones mutuas. Si se acoge la teoría de las dos Cortes, la justicia premial, como ya se advirtió, desaparecería del mundo jurídico, por lo menos en lo que tiene que ver con los preacuerdos, porque resulta un sinsentido pretender que el procesado renuncie a defenderse a cambio del otorgamiento de una cuestión favorable a él, que por tener fundamento probatorio, no puede desde ningún ángulo considerarse un beneficio sino un derecho.

Punto álgido de esta exigencia probatoria que hace la Corte Constitucional para conceder beneficios a través de preacuerdos, lo es también, aparte de la abolición de tajo de la justicia negocial, el desconocimiento abierto a la reglamentación legal que tienen desde el año 2004, la institución de los preacuerdos, la

cual fue consagrada en los artículos 348 y siguientes, que permite a la Fiscalía y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación y “... 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: 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico. 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”<sup>5</sup>.

Nótese, pues, que la Corte en esa sentencia de unificación, crea requisitos legales no previstos por el legislador, en tanto en esa norma, ni en ninguna otra, se habla de que para conceder beneficios deba tenerse referente probatorio, porque eso, aparte de todo lo dicho, es un contrasentido lógico, en tanto, un beneficio no puede ser algo a lo que se tenga derecho, sino que es una dádiva que vuelve atractiva la transacción procesal de la cual también va a salir beneficiado el Estado.

Para finalizar se dirá que la sentencia SU-479 de 2019 no es una decisión de constitucionalidad, que esa sí generaría obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, sino que es una de unificación de tutelas, que si bien tiene un gran peso y valor jurisprudencial, no la hace vinculante de manera absoluta, porque para las sentencias de tutela, incluidas las SU, rige el mismo criterio que para todas las emitidas por las cortes de cierre ordinarias; es decir, que es posible desatender tales jurisprudencias siempre que el juez de inferior jerarquía plantee argumentos válidos y sólidos de disenso respecto de la posición asumida y que los mismos sean lealmente explicitados, como se ha hecho en precedencia.

---

<sup>5</sup> Artículo 350 del C.P.P.

Por lo anterior, esta Corporación se apartará de manera muy respetuosa de la doctrina constitucional establecida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019, porque aunque se entiende la gran preocupación del Alto Tribunal por los exagerados beneficios que en la actualidad están concediendo algunos fiscales en razón de los preacuerdos celebrados con la defensa, que ciertamente afectan la correcta Administración de Justicia; la manera como se aborda el asunto es muy problemática, en primer lugar, porque hay serios reparos sobre la competencia constitucional para ello; en segundo lugar, porque asumir la doctrina establecida en esta jurisprudencia es acabar con el sistema de justicia comercial y, en tercer lugar, porque se le da un estatus jurídico que no tienen a las circulares del Fiscal General de la Nación y se le atribuye a este un poder reglamentario de la ley sobre el cual no está habilitado

Similares consideraciones tendrá este Tribunal respecto a las decisiones adoptadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los radicados No. 52227 del 24 de junio de 2020, 50659 del 8 de julio de 2020 y las demás que vienen consolidando el nuevo precedente, emitidas en relación con la validez de los preacuerdos, en tanto dicha Corporación adhiere a la posición asumida por la Corte Constitucional que se acaba de analizar.

No obstante, como la Sala de Casación Penal va mucho más allá que la Corte Constitucional y su nueva jurisprudencia tiene algunas variantes, esta Sala a continuación expondrá también sus motivos de disenso:

Como ya se pudo analizar, la Corte explica que en la práctica judicial se vienen dando tres modalidades de preacuerdos<sup>6</sup>, dos de los cuales (el primero y el tercero) los limita a que el beneficio otorgado tenga base probatoria y solo uno de ellos, el segundo, sin ese requisito.

Pues bien, frente a la primera y tercera hipótesis, considera la Sala que ha desarrollado un argumento razonable para apartarse de dicha doctrina tal como se explicó con suficiencia al momento de estudiar la sentencia SU -479 de 2019, por lo que en este momento el análisis que queda pendiente es el de la segunda planteada por la Corte y que tiene que ver con la cuestión de que respetando los hechos y la calificación jurídica original, se podría, vía preacuerdo, convenir en la pena de un delito menor o reconocer una diminuyente punitiva sin sustento probatorio, pero,

---

6

1. Dados unos hechos reales que tienen sustento en la evidencia y los elementos materiales probatorios recogidos en la investigación, se cambia la calificación jurídica para obtener beneficios punitivos y penitenciarios. Para la Corte, como esos beneficios otorgados por la Fiscalía no tienen ningún sustento probatorio resulta inadmisibles el preacuerdo. Es decir, que para la Sala de Casación Penal, al igual que para la Corte Constitucional, solo son admisibles cambios en la calificación jurídica que tengan por lo menos un mínimo probatorio que los sustente.
2. Respetando los hechos y la adecuación típica original, para hacer prevalecer el principio de legalidad, se puede preacordar una pena más benéfica de un tipo penal diferente, sin que ello comprometa el análisis de la ejecución de la sanción porque esta se hará de acuerdo al delito real. Según la Corte, esto es admisible hacerlo, pero tiene varios límites y criterios de validación, entre ellos i) La fase procesal en la que se da el preacuerdo, ii) El daño infligido a las víctimas, iii) Las reales reparaciones que el procesado otorgue a las víctimas, iv) La colaboración que preste el procesado para el esclarecimiento de los hechos, v) la información que suministre el procesado para el juzgamiento de los otros copartícipes y vi) El verdadero arrepentimiento que demuestre el procesado sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición<sup>6</sup>.
3. Es posible la modificación fáctica de la imputación o acusación a raíz de nuevos elementos probatorios que recopile la Fiscalía en razón del plan metodológico o por la confrontación con la teoría del caso de la defensa. Empero, en este caso, la Fiscalía deberá dejar claro al juez si la modificación de los cargos que permitieron que la pena sea más benigna es por lo anterior o debido a un preacuerdo entre las partes.

eso sí, bajo ciertos condicionamientos dados por esa misma Corporación. En otras palabras, es admisible para la Corte condenar a una persona por un delito, pero aplicarle la pena de un delito menor o la correspondiente con una atenuante, para con ello respetar los principios de congruencia y legalidad, los derechos de las víctimas, a la vez que quedarían a salvo un análisis justo sobre la forma de ejecución de la pena (subrogados y beneficios), pues aquel estaría anclado al delito original y no la preacordado.

Si partimos de que basamentos de un modelo de justicia con tendencia acusatoria son el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la independencia de roles entre el acusador, el defensor y el juez; que no puede haber proceso, juez ni sentencia sino hay acusación previa (*nemo iudex sine actore*); que la acusación es el marco factico jurídico del juicio y, por supuesto, de la sentencia (principio de congruencia) y que el preacuerdo hace las veces de acusación, la propuesta de la Sala de Casación Penal resulta, en consideración respetuosa de esta colegiatura, problemática por varias razones:

En efecto, de tiempo atrás se ha proscrito tanto por la Sala de Casación Penal como por la Corte Constitucional la posibilidad de crear tipos penales; pero lo que plantea la primera es precisamente eso: crear normas en donde se toma la premisa normativa de un delito y se le aplica la consecuencia de otro, una especie de *lex tertia*, que atenta de manera grave contra el principio de legalidad, pues invadiendo las competencias del legislador, so pretexto de un preacuerdo, en verdad se crean

nuevas categorías de delitos, lo cual resulta inadmisibles en un modelo político democrático como el colombiano.

Eso de condenar por un delito, pero aplicarle la pena de otro que fue preacordado, no solo desconoce abiertamente las facultades de negociación autorizada por la ley a las partes y su voluntad, sino que socava las bases mismas del principio de congruencia porque la sentencia desconocerá los reales términos del acuerdo, que hace las veces de acusación. Hablar de que una cosa es el delito cometido y otra el negociado crea una esquizofrenia jurídica pues en la realidad en un mismo proceso se estaría frente a dos acusaciones lo cual resulta inadmisibles en un modelo de justicia con tendencia acusatoria como el adoptado por Colombia.

En pocas palabras: el preacuerdo, como acusación que es, es el derrotero fáctico-jurídico del proceso, y si aquel fue aprobado por el juez, se debe respetar de manera íntegra todos sus términos al momento de proferir la sentencia para preservar el principio de congruencia y todas las demás garantías y principios que de ahí dimanar, tal como se acaba de analizar. Esta regla tuvo aceptación por mucho tiempo en la Sala de Casación penal, que sin ambages sostenía: “los términos del preacuerdo no solo son derroteros para la imposición de la pena, sino también para todas las consecuencias que de ahí se deriven, por ejemplo, la forma de ejecución de la pena.”<sup>7</sup>, con base en el artículo 352 inciso cuarto que establece de manera categórica: “Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”

---

<sup>7</sup> Rads. 46.684, 46.101, 43.356, 45736 todas del año 2016 y 44906 de 2014

Por todas las anteriores razones, esta Sala considera que debe apartarse en gran parte de la última posición de la Sala de Casación penal, en tanto la calificación jurídica resultante del preacuerdo es la que debe tenerse en cuenta para todos los efectos que serán desarrollados en la sentencia, recordando que la norma indica que este resultado del convenio es la acusación, la cual en un sistema acusatorio constituye el derrotero esencial del fallo de instancia.

#### **7.2.2.1. Caso concreto:**

En el presente evento la Fiscalía imputó al señor **John Reinaldo Gutiérrez Tabárez** como autor del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, contemplado en el artículo 365 del código de las penas,.

Se acordó por las partes que el señor **Gutiérrez Tabarez** aceptara los cargos a cambio de la variación de su intervención en la conducta de autor a cómplice y una pena de 54 meses de prisión.

Dicho acuerdo lo aprobó el juez, y procedió a dictar la sentencia condenatoria con base en los términos de la negociación realizada por las partes; empero, al momento de determinar la concesión de beneficios y subrogados penales en favor del acusado por considerar que no estaban dados los presupuestos objetivos de los artículos 38B y 63 del C.P., de conformidad con el delito inicialmente imputado, esto es, fabricación tráfico o porte de armas de fuego en calidad de autor.

Encuentra la Sala que lo que debió verificarse para estudiar los beneficios y subrogados no era el delito originalmente imputado, sino el resultante del preacuerdo, por lo que se expone a continuación:

Como ya se explicó con suficiencia en el acápite que precede, si se tiene que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 350 del código de procedimiento penal, el acuerdo celebrado entre acusado y Fiscalía hace las veces de acusación, ello implica, sin más, que el convenio procesal es el marco fáctico-jurídico de la actuación penal y, por supuesto, de la sentencia.

Por consiguiente, todas las situaciones que se derivan a partir de la presentación del acuerdo deben ser analizadas a la luz de este nuevo cargo como preservación irrestricta al principio de congruencia, visto como un eje fundante del sistema adversarial con tendencia acusatoria que rige en el territorio nacional, siendo también susceptible de ello la calificación jurídica del delito por el cual se emite condena.

En consecuencia, las valoraciones atinentes al otorgamiento de subrogados y mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, deben ser analizados a la luz del resultado del preacuerdo y no, como lo hizo el funcionario de primer nivel, siguiendo en ello a la Sala de Casación Penal, con fundamento en el delito inicialmente imputado. La razón de ser de lo anterior es sencilla: el nuevo marco de legalidad del proceso se rige por lo presentado por las partes en su aceptación consensuada de responsabilidad, vista esta como la nueva estructuración de la pretensión punitiva del Ente Acusador.

No desconoce la Sala que la primera instancia dejó sentado en su sentencia que la negociación solo se hizo para efectos punitivos, al estilo de la Sala de Casación Penal; pero ello, en criterio respetuoso de este Tribunal, si implica una afectación del principio de legalidad y del debido proceso por asignársele a un tipo penal una pena que no le corresponde de conformidad con lo reglado normativamente, máxime cuando la calificación jurídica derivada del preacuerdo no contrae un desfase de los hechos jurídicamente relevantes y se ajusta perfectamente a ese núcleo factico comunicado en la imputación y en el primer escrito de acusación.

Así las cosas, se itera, lo procedente en este asunto era evaluar la concesión de los beneficios y subrogados desde la calificación jurídica otorgada en el preacuerdo, esto es, el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego en calidad de cómplice y no en calidad de autor como lo hizo el *a quo*.

En consecuencia, encuentra la Sala que en el asunto de marras se cumplen con los requisitos del canon 38B del C.P., para que el encartado pueda acceder a la prisión domiciliaria.

En efecto, se tiene que el delito previsto en el canon 365 del C.P. contempla una pena mínima para el autor de 108 meses, guarismo que debe disminuirse en la mitad para el cómplice, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 30 de la misma obra, lo que deja una pena mínima de 54 meses.

Revisando la nueva pena mínima a asignar de cara a los presupuestos del artículo 38B *ibídem*, se tiene que el primer requisito contemplado en esa norma se encuentra satisfecho, en tanto la pena prevista es menor a 8 años de prisión.

Aunado a lo anterior, se tiene que el punible objeto de reproche no se encuentra enlistado en el canon 68A del C.P. como uno de aquellos vedados del otorgamiento de beneficios y subrogados; además, el sentenciado cuenta con un arraigo debidamente acreditado, el cual está situado en la calle 31 No. 34 – 12 barrio el Porvenir 2 del municipio de Argelia, Ant.

En consecuencia de todo lo expuesto, lo procedente en este caso es inaplicar esos criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que propenden por diferenciar las acusaciones y otorgar al ciudadano la prisión domiciliaria en el sitio que se aludió en precedencia, para lo que se deberá suscribir la respectiva acta de compromiso y prestar una caución por el valor de 1 SMLMV con miras a garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el canon 38B del C.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

#### **7. RESUELVE:**

**Primero: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia del 23 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, por lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia, conceder a **John Reinaldo Gutiérrez Tabárez** la prisión

domiciliaria de la que trata el artículo 38B del código penal, la cual debe purgar en el inmueble ubicado la calle 31 No. 34 – 12 barrio el Porvenir 2 del municipio de Argelia, Ant. Para ello previamente debe suscribir el acta de compromiso respectiva y prestar una caución por el valor de 1 SMLMV.

**Segundo:** La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
**Magistrado**

**JEANNETTE LUCÍA NOVOA MONTOYA**  
**Magistrado**  
**Con salvamento de voto**

**LUIS ORLANDO PALOMÁ PARRA**  
**Magistrado**

**Firmado Por:**

**Leonardo Efrain Ceron Eraso**  
**Magistrado**  
**Sala 003 Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jeannette Lucia Novoa Montoya**  
**Magistrada**

**Sala 004 Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Luis Orlando Paloma Parra**  
**Magistrado**  
**Sala 005 Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta  
con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto  
reglamentario 2364/12  
Código de verificación:

**6b60eea302a43bc4dc608fb2b9ac2017d0b48585abfcfe98014**  
**3f09d1d313a92**

Documento generado en 10/04/2025 01:41:04 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico**  
**en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Con profundo respeto por el pensamiento de mis compañeros de Colegiatura, consigno las razones que me llevaron a apartarme de la decisión mayoritaria:

El proyecto aprobado por la mayoría considera que lo procedente en este asunto era evaluar la concesión de los beneficios y subrogados desde la calificación jurídica otorgada en el preacuerdo, esto es, el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego en calidad de cómplice y no en calidad de autor, como lo hizo el *a quo*, argumento con el cual estimo que se desconoce la sólida línea jurisprudencial que se ha desarrollado al respecto y que se encuentra vigente.

Y es que claramente se ha definido que cuando la modificación de la conducta punible -referida a la aplicación de normas no concordantes con el caso específico-, se presenta con la única intención de otorgar una rebaja punitiva como contraprestación por la negociación, de ninguna manera puede entenderse que la

situación fáctica y jurídica inicialmente atribuida se haya variado, y por tanto es sobre esa imputación original que se siguen rigiendo las demás repercusiones procesales y legales.

Obsérvese que desde la sentencia SP2073-2020, con radicación No 52227 del 24 de junio de 2020, la Corte Suprema de Justicia ha venido sustentando y explicando que:

*En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.*

*Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.*  
(Subrayas fuera del texto original).

Significa lo anterior que no resulta procedente afirmar, bajo mi criterio, que la calificación jurídica acogida en virtud del preacuerdo, pero solo para efectos punitivos, pueda permear las demás consecuencias legales que se deriven del comportamiento delictivo cometido y aceptado por el procesado.

Reitero, no deviene legal, razonable ni adecuado la concesión de algún subrogado bajo la tesis de una supuesta modificación en la calificación jurídica imputada, pues dicha variación se dio únicamente con fines punitivos más favorables, y por eso mi respetuoso disenso con la decisión de mis colegas de Colegiatura.

**JEANNETTE LUCIA NOVOA MONTOYA**

Magistrada

**Firmado Por:**

**Jeannette Lucia Novoa Montoya**

**Magistrada**

**Sala 004 Penal**

**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7a00c8bf5e88cb4815ae95dd0da9e6262fa14082aa885d5514c7497ead778dc**

Documento generado en 04/06/2025 09:39:39 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**