

TEMA: PREACUERDO- La concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena puede ser objeto de negociación y que debe basarse en la pena impuesta, no en la pena del delito realmente cometido. Existen varios precedentes que apoyan la posibilidad de negociar subrogados y sustitutos penales, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales./

HECHOS: SCG fue acusado de usar un documento público falso, específicamente una licencia de tránsito falsa. El 5 de julio de 2024, se acusó formalmente a Conde Gallego por el mismo delito. El procesado acepta su responsabilidad por la conducta imputada. La Fiscalía degrada la conducta de autor a cómplice, partiendo de una pena mínima de seis años y aplicando una rebaja máxima del 50%, resultando en una pena de tres años de prisión y solicita la suspensión de la ejecución de la pena, argumentando que se cumplen los requisitos: la pena no excede los cuatro años, el procesado no tiene antecedentes penales, y no se trata de un delito excluido por el Art. 68-A del Código Penal. El juzgado de primera instancia improbo el acuerdo, argumentando que no se puede pactar la suspensión condicional de la pena basándose en la pena del delito negociado, sino en la pena del delito realmente cometido, que es de seis años. El problema jurídico de la providencia es determinar si es legalmente procedente aprobar un preacuerdo, que incluye la suspensión condicional de la ejecución de la pena, basándose en la pena impuesta en el preacuerdo en lugar de la pena mínima del delito realmente cometido.

TESIS: 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.(...) 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 domiciliaria³, razón por la que desde la sentencia no se sabe si el implicado cumplirá o no con esa parte que condiciona el sustituto; salvo casos excepcionales donde se cumplan tales supuestos objetivos para el momento del fallo. Se pueden negociar 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, tal es la concesión de subrogados y sustitutos penales siempre y cuando se cumpla el requisito objetivo, es decir, que estén dentro de la Ley, pues para algunas conductas punibles hay expresa exclusión de beneficios y subrogados penales (Art. 68-A Código Penal, adicionado y modificado en varias oportunidades).(…) En subrogados y sustitutos penales se debe cumplir con el elemento objetivo; el subjetivo, cuando haya lugar, 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». 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.(…) Los preacuerdos obligan al juez de conocimiento, salvo que desconozcan las garantías fundamentales. 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.(…) 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 C.P., 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, entre otras modalidades. Adicionalmente, en los casos en que los subrogado o sustitutos penales estén prohibidos por la Ley, tales mecanismos no pueden ser autorizados por el preacuerdo; pero los supuestos para la definición del subrogado del Art. 63 del C.P. se circunscribe no a la responsabilidad declarada sino sobre la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta.(...) Cuando el proceso culmine por la vía del preacuerdo, por ejemplo, por readecuación típica como cuando el procesado fue beneficiado con la imposición de la pena prevista para el cómplice, a cambio de lo cual aceptó su autoría en un determinado delito; o cuando se degrada la conducta para reconocer la sanción con pena que corresponde a los artículos 56 o 57 del Código Penal, pero se acepta el delito, solo que para efectos de determinación de la pena en concreto se aplican las circunstancias de los artículos 56 o 57, es la conducta efectivamente aceptada por el procesado, la que marca la pauta para analizar la procedencia de la prisión domiciliaria y el subrogado penal. 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.(...) Tenemos entonces: Uno: 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»(...)Dos: para efectos de la suspensión de la ejecución de la pena (Art. 63 C.P.) se tendrá en cuenta «la pena impuesta»(...)Como se improbo la negociación porque el delito aceptado comporta un mínimo de pena de seis (6) años de prisión y el artículo 63 del Código Penal exige que la pena «impuesta en la sentencia» no exceda de cuatro (4) años de privativa de la libertad de prisión, y además no hay prohibición legal del artículo 68-A del C.P.(...)

MP: NELSON SARAY BOTERO

FECHA: 28/01/2025

PROVIDENCIA: AUTO



FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00206 2024 09063
Acusado	Santiago Conde Gallego
Delito	Uso de documento falso (Art. 291 inciso 2° C.P.)
Fecha y hora de los hechos	11 de abril de 2024; Hora: 10:30; corregimiento Altavista, Barrio Jardín.
Juzgado a quo	Trece (13°) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia.
Asunto	Apelación contra el auto por medio del cual se improbó la negociación entre las partes.
Consecutivo	SAP-A-2025-02
Aprobado por Acta	Lunes, 27 de enero de 2025
Audiencia de exposición	Martes, 28 de enero de 2025; Hora: 3:30 pm
Decisión	Se revoca auto. Se aprueba la negociación
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, enero veintiocho (28) de dos mil veinticinco (2025)

1. ASUNTO

Se resuelve recurso de apelación en contra del auto que improbo la negociación.

2. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según la acusación se concretan así:

«En Medellín, carrera 88B con calle 2B, específicamente en el corregimiento Altavista, vereda Jardín, el 11 de abril de 2024 siendo las 10:30 horas, SANTIAGO CONDE GALLEGO, sin haber concurrido en la falsificación, USO, documento público falso, consistente en licencia de tránsito número 10000225346, a nombre de NICOLÁS ENRIQUE CORTÉS ZAPATA, con cc 71.081.286 de la motocicleta Bajaj, color azul imperial, placa DDJ56 C, modelo 2010, fecha de expedición:08/04/2010, organismo de tránsito Envigado, Antioquia, documento que sirve de prueba, de la titularidad del rodante».

El 12 de abril de 2024, se realizó ante el Juez 39 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación, donde se enrostró la conducta descrita en el Art. 291 inciso 2° del C.P. La Fiscalía no solicitó medida de aseguramiento alguna.

El 5 de julio de 2024 se acusó por el mismo delito imputado.

3. TÉRMINOS DEL ACUERDO

Convocadas las partes a la **audiencia preparatoria**, la representante de la fiscalía expone a la judicatura los términos del acuerdo, así:

El procesado acepta su responsabilidad por la conducta imputada, a cambio la Fiscalía, y **para efectos exclusivamente punitivos**, degrada la conducta de autor a cómplice, según el Art. 30 inciso 3° del C.P., siendo ello así, partirá de la pena mínima de la conducta delictiva que es seis (6) años, aplicando la rebaja máxima que corresponde a la mitad ($\frac{1}{2}$), pactándose entonces, **una pena de 3 años de prisión**.

Así mismo, la Fiscalía solicita a la judicatura se conceda la suspensión de la ejecución de la pena del Art. 63 del C.P., pues se cumplen los requisitos previstos para ello: **(i)** la pena impuesta no excede los cuatro (4) años de prisión; **(ii)** el procesado no cuenta con antecedentes penales; **(iii)** no se trata de alguno de los injustos contenidos en el Art. 68-A del Código Penal.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado Trece (13°) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia, **improbó el acuerdo** al considerar que no puede pactarse la suspensión condicional de la pena Art. 63 del C.P., pues debe tenerse en cuenta la pena del **delito realmente cometido y no el negociado**, conforme la CSJ SP 359-2022 de 16 febrero 2022, rad. 54.535, M.P. Gerson Chaverra, precedente que se debe aplicar.

La pena del delito cometido es de 6 años, Art. 261 inciso 2° del C.P.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

La delegada Fiscal, doctora ADRIANA MARÍA LÓPEZ ZAPATA, apeló la decisión e instó revocar el auto proferido, pues el Art. 63 del C.P. es muy claro en el numeral 1° exige que la pena que «se imponga» no exceda de cuatro (4) años, no de la pena en el tipo penal; además, el procesado no cuenta con antecedentes penales, razones por las cuales procede la suspensión de la ejecución de la pena. No es un beneficio que se concede, es un derecho.

El abogado defensor, GERMÁN QUINTERO GÓMEZ, apeló la decisión e insistió que puede concederse la suspensión de ejecución condicional de la pena como consecuencia del preacuerdo, pues la pena que se impondrá será de 36 meses o que es lo mismo tres (3) años.

6. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resolverá las inquietudes de los apelantes.

7. SUBROGADOS Y SUSTITUTOS PENALES EN LA NEGOCIACIÓN PENAL

Podrá ser objeto de negociación la concesión o no de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 63 C.P., modificado) y la prisión domiciliaria (en alguna de sus variantes), pues se reconocen en la sentencia misma¹.

Inclusive, es posible pactar de autor único a responsabilidad penal por complicidad y además pronunciarse sobre subrogado penal o prisión domiciliaria², 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 domiciliaria³, razón por la que desde la sentencia no se sabe si el implicado cumplirá o no con esa parte que condiciona el sustituto; salvo casos excepcionales donde se cumplan tales supuestos objetivos para el momento del fallo.

Se pueden negociar 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 imputado⁴, tal es la concesión de subrogados y sustitutos penales **siempre y cuando se cumpla el requisito objetivo**⁵, es decir, que estén dentro de la Ley⁶, 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 negociar⁷:

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

¹ CSJ SP, 7 julio 1994.

² CSJ STP 4470-2015, rad. 79.041 de 16-04-15.

³ CSJ SP, 7 julio 1994.

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

⁵ CSJ AP 2370-2014 de 7 mayo 2014, rad. 43.523; CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

⁶ CSJ STP 9865-2014, rad. 74.450 de 22 julio 2014.

⁷ 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.

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, cuando haya lugar, 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*»⁸.

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 legales⁹.

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 legal¹⁰, según su postura (que luego reconsideró).

Los argumentos son los siguientes¹¹:

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 de que sea típica, antijurídica y culpable¹².

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.

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

⁸ CSJ AP rad. 37.209 de 23 noviembre 2011.

⁹ CSJ STP 9865-2014, rad. 74.450 de 22 julio 2014.

¹⁰ 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 517-2024, rad. 58.886 de 6 marzo 2024.

¹¹ CSJ SP 001-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016; CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

¹² CSJ SP 001-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

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, 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 fundamentales¹³.

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 cómplice¹⁴.

8. 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 2016¹⁵ y CSJ SP 16907-2016, rad. 46.684 de 23 noviembre 2016¹⁶, y en salvamento parcial de voto a la providencia CSJ SP 154-2017, rad. 48.128 de 18 enero 2017¹⁷.

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

¹³ CSJ SP, 3 febrero 2016, rad. 43.356; CSJ SP, 1° junio 2016, rad. 46.101; CSJ SP 517-2024, rad. 58.886 de 6 marzo 2024.

¹⁴ CSJ SP, 24 febrero 2016, rad. 45.736; CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

¹⁵ Magistrados Patricia Salazar Cuéllar y Eugenio Fernández Carlier.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 Estado¹⁸.

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.

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 especial¹⁹.

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:

¹⁸ 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)».

¹⁹ Salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

(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 C.P., 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 criminal²⁰, entre otras modalidades.

Adicionalmente²¹, en los casos en que los subrogado o sustitutos penales estén prohibidos por la Ley, tales mecanismos no pueden ser autorizados por el preacuerdo²²; pero los supuestos para la definición del subrogado del Art. 63 del C.P. se circunscribe no a la responsabilidad declarada sino sobre la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta.

9. 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 procesado, la que marca la pauta para analizar la procedencia de la prisión domiciliaria y el subrogado penal*²³.

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 pena²⁴.

²⁰ Aclaración de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

²¹ Salvamento parcial de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

²² 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.

²³ CSJ SP, 28 febrero 2018, rad. 50.000; CSJ SP 4395-2018, rad. 52.960 de 10 octubre 2018.

²⁴ 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.

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, 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 tipicidad²⁵.

10. LA PENA IMPUESTA ES LA QUE MARCA EL DERROTERO PARA EL ART. 63 DEL C.P.

Tenemos entonces:

Uno: 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: 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.

11. CONCLUSIÓN

Como se improbió la negociación porque el delito aceptado comporta un mínimo de pena de seis (6) años de prisión y el artículo 63 del Código Penal exige que la pena «**impuesta en la sentencia**» no exceda de cuatro (4) años de privativa de la libertad de prisión, y además no hay prohibición legal del artículo 68-A del C.P., entonces el pacto entre las partes se ajusta a la legalidad, razón por la cual se ha de revocar el auto objeto de censura para en su lugar impartir su aprobación.

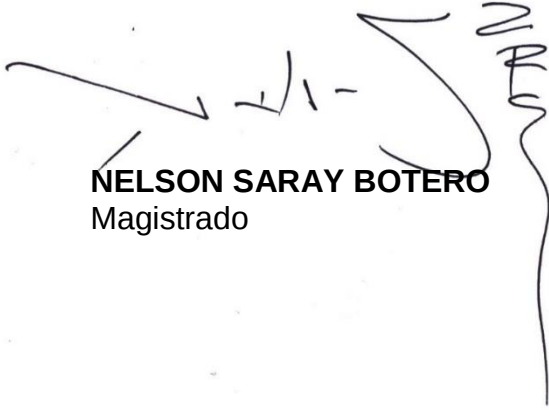
12. DECISIÓN

LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, (i) REVOCA el auto objeto de censura, por las razones expuestas; **(ii) en su lugar SE**

²⁵ CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022.

IMPORTE APROBACIÓN a la negociación presentada por las partes en este asunto; (iii) se devolverá la actuación al despacho de instancia.

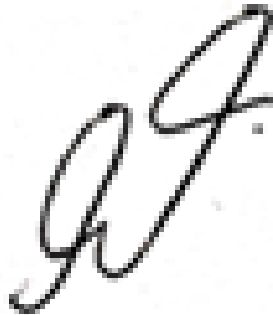
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



JESÚS GÓMEZ CENTENO
Magistrado



CLAUDIA PATRICIA VÁQUEZ TOBÓN
Magistrado