



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*  
*Sala Penal*

**PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – Aplicación de reglas jurisprudenciales que deben marcar las exigencias, controles y consecuencias.**

**PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – Distinción si la variación tiene o no base factual de fundamento, para poder derivar las consecuencias jurídicas.**

**PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – ANÁLISIS DE SUBROGADOS Y SUSTITUTOS PENALES: La fecha que se tiene en cuenta para determinar las reglas jurisprudenciales aplicables en materia de preacuerdos lo es la fecha de elaboración del preacuerdo.**

(...) Las anteriores orientaciones jurisprudenciales han tenido incidencia en la práctica judicial respecto de la aplicación de substitutivos y subrogados penales cuya concesión depende en los acuerdos sin base factual del delito incluido en la imputación y en la acusación, y no de las modalidades que se aplican para obtener un beneficio punitivo, de lo que surge otro debate porque esta interpretación restrictiva se aplicará según que se acoja como límite temporal, ya sea la fecha en la que se elabora el preacuerdo, o la fecha de su presentación ante el juez de conocimiento o aquella en la que dicho funcionario avala su legalidad o también a la fecha en que se emite la decisión condenatoria.

Como se observa en estos casos analizados por la Corte Suprema de Justicia la fecha que se tiene en cuenta para determinar las reglas jurisprudenciales aplicables en materia de preacuerdos lo es la fecha de elaboración del preacuerdo no solamente porque en el fallo de tutela así lo expresa claramente sino también porque en el asunto penal radicado 53718 se hace referencia a los términos del preacuerdo fijados por la fiscalía, el procesado y la defensa, que son las partes procesales que intervienen al momento en que se fijan los términos de la negociación, fase en la que aún no interviene el funcionario judicial que adelantará el escrutinio final de legalidad.(...)

(...) la fecha que permite establecer las reglas jurisprudenciales aplicables al caso (...) determinando en esta oportunidad que ese corte temporal se debe fijar conforme al momento histórico en que se elaboró o realizó el preacuerdo lo cual se puede verificar con la fecha registrada en el acta de preacuerdo en razón a que los términos del mismo se fijaron escrituralmente. (...)

(...) En definitiva, encuentra la Sala mayoritaria que de acuerdo con la fecha de estructuración del preacuerdo resultan aplicables aquellos parámetros de interpretación fijados por la Corte Suprema de Justicia para el 8 de junio del 2020, que nos permitían acoger como base punitiva la fijada para el delito que fue objeto del preacuerdo, lo que en lógica incluye aquellos dispositivos amplificadores como lo es la complicidad. (...)

**PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – PRISIÓN DOMICILIARIA: Análisis de su procedencia en relación con el delito acordado y no el realmente ejecutado.**

**PRISIÓN DOMICILIARIA – REQUISITOS: Se configuran.**

(...) la pena imponible tanto para el delito previsto en el artículo 365 como en el 366 disminuida por efectos de la complicidad reconocida resulta inferior a 8 años de prisión de ahí que se verifica el cumplimiento del requisito objetivo inicial de la norma antedicha; de la misma forma al revisar el artículo 68 A del Código Penal en cuanto al listado de las conductas por las cuales se prohíbe la concesión del substitutivo de prisión domiciliaria entre otras, no se incluyen los delitos endilgados al señor CMMC. (...) se supera también el tercer requisito consagrado en el artículo 38 B del C.P., relacionado con el arraigo, por lo cual se establece como respuesta que se debe conceder el subrogado de prisión domiciliaria. (...)

**SALVAMENTO DE VOTO – DR. FRANCO SOLARTE PORTILLA.**

---

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**  
**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrada Ponente** : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno  
**Proceso No.** : 528356000000-202000031-01  
**Número Interno** : NI. 36356  
**Acusado** : CMMC  
**Delito** : Fabricación, tráfico o porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y otro.  
**Aprobado** : Acta No. 15 de 25 de abril de 2022

San Juan de Pasto, doce (12) de mayo de dos mil veintidós  
(2022)

**1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Se pronuncia la Sala mayoritaria respecto al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor **CMMC**, contra la sentencia del 7 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Tumaco, mediante aprobación de preacuerdo, a través de la cual se impone condena a la pena principal de ochenta (80) meses de prisión, como coautor penalmente responsable a título de dolo de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, así mismo la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, sin que se concediera el sustituto de la prisión domiciliaria.

**2. ANTECEDENTES**

Los hechos se registran por la primera instancia en los siguientes términos:

*“El seis (06) de octubre de 2019 aproximadamente a las 10:30 horas, funcionarios del Ejército Nacional se encontraban en un observatorio en la Vereda San Lorenzo, corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco, sobre coordenadas LN 01° 20' 58,6” LW 078° 30'03.7”, fueron capturado (sic) en situación de flagrancia el señor CMMC en compañía de otro sujeto, al llevar portar (sic) dos (02) armas de fuego de las siguientes características: un (01) arma de fuego tipo pistola calibre 9mm., marca STAR, modelo 30M, serie No. 1810668 de fabricación industrial, y un (01) proveedor con capacidad de alojar quince (15) cartuchos; un (01) arma de fuego tipo revólver, calibre .38 Special, marca SMITH AND WESSON, modelo 15-4, serie borrada, de fabricación industrial, con capacidad para alojar seis (06) cartuchos, las cuales, en el concepto del perito forense en balística, son APTAS para producir el fenómeno del disparo”.*

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.**

#### **3.1. Audiencias preliminares y trámite posterior**

Por estos hechos la Fiscalía 60 Local de Actos Urgentes, compareció el día 07 de octubre de 2019 a realizar las audiencias concentradas, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tumaco, con Función de Control de Garantías, en las cuales se declaró legal la captura tanto del señor **CMMC** como de la persona que iba en su compañía que fue identificado como STIVEN PERDOMO SILVA y se formuló además imputación en su contra por los delitos en concurso previstos en los art. 366 y 365 conductas además agravadas por el numeral 5 del art. 365 del C.P., las cuales se cometieron en calidad de COAUTORES responsables a título de dolo y en la modalidad de PORTAR, cargos que no fueron aceptados. En cuanto a la medida de aseguramiento se impuso la de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El proceso se siguió bajo el radicado inicial No. 528356000541 2019 00336, presentándose por parte de la fiscalía 11 especializada escrito de acusación con fecha del 27 de enero de 2020, luego de lo cual el 08 de junio de 2020 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación en contra de SPS únicamente, ya que en esa diligencia

la abogada defensora, del señor **CMMC**, informó que su prohijado y el ente fiscal habían suscrito un preacuerdo el cual fue presentado el 21 de julio de esa anualidad ante el Centro de Servicios Judiciales de Tumaco<sup>1</sup>.

Se adelanta en consecuencia la ruptura procesal adelantando el trámite anticipado bajo el radicado 528356000000-2020-00031.

El 09 de febrero del 2021 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tumaco, se adelantó audiencia preliminar de sustitución de medida de aseguramiento, con lo cual se cambió la inicial intracarcelaria por tres restricciones no privativas de la libertad, según lo consagrado en los numerales 2, 3 y 4 del literal B del artículo 307 del C. de P.P., suscribiendo el procesado el acta de compromiso correspondiente en la misma fecha.

### **3.2. Términos del preacuerdo**

El acta correspondiente registra en el encabezado tres fechas, el 6 de junio, 20 de junio y 21 de julio, todas del 2020, y fue asignada inicialmente al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, despacho que remitió luego el asunto a su homólogo el Juzgado Segundo una vez que este entrara en funcionamiento.

La negociación consta de dos componentes básicos, en el primero la Fiscalía realiza readecuación jurídica ya que al haber imputado la modalidad de participación de la COAUTORÍA, no resulta procedente mantener la causal de agravación específica prevista en el artículo 365 numeral 5° del C.P.; el segundo componente hace referencia a que el imputado acepta su

---

<sup>1</sup> Información obtenida del acta de Formulación de acusación realizada el 8 de junio de 2020 y la certificación No. 112 expedida el 18 de noviembre de 2020 por la Secretaria del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, despacho en el que inicialmente se tramitó el proceso matriz

responsabilidad en los cargos formulados a título de Dolo y en calidad de COAUTOR, a cambio de lo cual la Fiscalía otorga como único beneficio para efectos punitivos el grado de participación en la conducta en calidad de cómplice, contemplada en el artículo 30, inciso 3, del C.P, y se pacta la pena en ochenta (80) meses de prisión y las correspondientes penas accesorias

Como consecuencia, el juzgado, convocó a audiencia de verificación de preacuerdo, inicialmente para el 23 de abril de 2021, la que fue aplazada a solicitud de la defensa porque para esa calenda no fue posible lograr la comparecencia de su prohijado, y reprogramada para el 7 de julio del mismo año, data en la cual se declaró legal la negociación y se procedió enseguida a dar trámite a la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, en la cual la defensa al referirse a las condiciones familiares, sociales y laborales, indicó que su prohijado no tiene antecedentes, se trata de una persona joven con un buen comportamiento en la sociedad. Según los delitos aceptados previstos en los artículos 365 y 366 del C.P. y la pena pactada de 80 meses, procede la prisión domiciliaria prevista en el art. 38 B del C.P., en tanto que cumpliría el primer requisito, igualmente según el numeral 2º, los delitos no se encuentran enlistados en el artículo 68 A del C.P.; finalmente cuenta con arraigo según los elementos materiales probatorios aportados a través de la Fiscalía, tales como constancia de la Junta de Acción Comunal, que registra que el procesado convive con sus abuelos en el municipio de Belén de los Andaquies, igualmente dos declaraciones extrajuicio rendidas en abril de 2021 por OMG y SCG abuelos de C, quienes dan cuenta de su parentesco y lugar de residencia por tratarse de su nieto, además se presentan recibos de servicios públicos del lugar de residencia, con lo cual se demuestra arraigo en el municipio de Belén de los Andaquies, Barrio El Coliseo.

El despacho de primer nivel prosiguió con el trámite correspondiente, emitiendo sentencia condenatoria en la misma fecha, en contra de la cual la defensa presentó recurso de apelación.

#### **4. DECISIÓN IMPUGNADA**

En cuanto al punto que es objeto de la impugnación, la *a quo* realiza un sondeo de los requisitos previstos en los artículos 38 y 38 B de la Ley 599 de 2000, para conceder la prisión domiciliaria, determinando que en relación al primero de ellos no se cumple, ya que la pena mínima a imponer por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, contemplado en el artículo 366 del C.P, es de once (11) años, guarismo que resulta superior a los ocho (8) años estipulados en el requisito ya mencionado.

Precisa el juzgado de primer nivel que la pena finalmente acordada fue de 80 meses de prisión, pero únicamente con efectos punitivos. Así las cosas, resulta inane continuar con el análisis de los demás requisitos.

En este punto, citó la Sentencia SP 4225-2020, rad. 51478 del 21 de octubre de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual, precisa que el estudio de los subrogados, debe ser analizado en relación con el delito realmente ejecutado y no por el acordado entre las partes; tesis acogida por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Nariño, en sentencia N° 9 del 11 de junio de 2021, NI 35748, siendo M.P el Dr. Silvio Castrillón Paz, en la cual, se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia emitida por el Despacho, específicamente respecto

de la no concesión de subrogados penales por un delito igual al hoy citado.

## **5. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN**

La defensa, solicita que se modifique el fallo condenatorio, específicamente para que se conceda el beneficio de prisión domiciliaria, bajo los siguientes términos.

Propone que se tenga en cuenta que su defendido, suscribió el preacuerdo el día 20 de junio de 2020, tal como consta en el acta de preacuerdo, posteriormente radicado el día 21 de julio de 2020, ante el centro de Servicios judiciales, y asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, para la respectiva audiencia de verificación, sin embargo no se realizó la misma por cuanto se creó un juzgado permanente especializado y se encontraba pendiente la distribución de los procesos penales.

En concordancia con lo anterior se adelantó la audiencia de verificación de preacuerdo el día 7 de julio de 2021, fecha para la cual se presentó un cambio en el criterio, pues cabe aclarar que para el año 2020 se concedía el subrogado de la prisión domiciliaria conforme al artículo 38 B del C.P. como así ocurrió en asuntos que deben reposar en el juzgado de ejecución de penas, y tramitados antes del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.

Aseveró que la judicatura debió realizar la audiencia de verificación tan pronto se radicó el escrito de preacuerdo, es decir, al menos en el año 2020, para no perjudicar a su defendido con decisiones desfavorables, pues la defensa siempre estuvo pendiente de las actuaciones procesales.

Concluyó enunciando la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en sentencia SP 1288 de 2021, radicado No. 53718 de fecha 14 de abril de 2021, M.P. Eugenio Fernández Carlier, en donde se concede el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por un delito de concierto para delinquir agravado el cual mediante preacuerdo se degradó la conducta al grado de participación de la complicidad, eliminando también el agravante.

Para el presente caso al referirse al delito de fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo, mediante preacuerdo suscrito por su poderdante se degradó la conducta de coautor a cómplice, pactando una pena de 80 meses, por lo cual consideró que procede el otorgamiento de la prisión domiciliaria por cumplirse a cabalidad con los requisitos exigidos en el artículo 38 B del C.P.

## **6. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES**

No se presentó ninguna controversia por parte de la Fiscalía o la delegación del Ministerio Público.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **7.1. COMPETENCIA**

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la decisión del 07 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Tumaco.

### **7.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.**

De manera preliminar y antes de abordar el cuestionamiento que plantea la parte apelante resulta necesario determinar cuáles son los lineamientos legales y jurisprudenciales aplicables al preacuerdo base de la sentencia condenatoria, ello atendiendo a que se han suscitado diferentes debates en nuestra Corporación según la fecha en que se considere estructurados los términos de la negociación.

Se trata de un tema inescindiblemente ligado al que es objeto de apelación en virtud de que, según los parámetros jurisprudenciales aplicables, se establecerá si es procedente conceder el sustituto de prisión domiciliaria deprecado en favor del señor **CMMC**.

### **7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES**

#### **7.3.1. Fecha de estructuración del preacuerdo**

Como es ampliamente conocido y lo hemos resaltado en reiteradas oportunidades, se tiene que el sistema de justicia premial que inicialmente se impone como uno de los fines del Sistema Penal Acusatorio, ha generado una serie de debates en los estrados judiciales, a la hora de fijar un criterio respecto de la posibilidad de realizar control a los términos de un preacuerdo por parte del Juez, oscilando entre los extremos de adelantar un control mínimo en lo formal a uno máximo de tipo material, lo que ha dado origen a diferentes pronunciamientos jurisprudenciales ya sea en sede de tutela o por vía del recurso de casación.

En ese escenario, sin duda el abanico de controversias se amplió con la sentencia SU 479 del 15 de octubre de 2019, por medio de la cual la Corte llama la atención sobre varios problemas

detectados en los dos casos que se permitió revisar en los trámites de tutela accionados por una parte en defensa de los derechos de las víctimas para que se declare la ilegalidad del preacuerdo y de otra en pro de los derechos del procesado para que por el contrario se avale la legalidad del preacuerdo.

Encontró la Corte entre otras situaciones, que se aplican atenuantes sin base fáctica ni un mínimo probatorio, o que no se tiene en cuenta los derechos de víctimas, dejando de propiciar por ejemplo la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto. Pone en evidencia también la Corte la concesión de rebajas desproporcionadas y la falta de coherencia en las diferentes negociaciones, lo cual genera en concreto que por una parte se otorguen tratos diferentes a supuestos de hecho similares, lo que a su vez, desconoce el principio de igualdad, y por otra, un trato igual a situaciones que evidentemente merecían la aplicación de un enfoque diferencial.

Aboga la Corte como parte de la solución a la problemática que pone de relieve, para que los jueces realicen un control material al revisar la legalidad de los preacuerdos.

El abordaje que se realice respecto de la sentencia en mención, implica también un estudio adicional para establecer si en un determinado caso existe o no analogía fáctica y por ende su aplicación resulta obligatoria como precedente jurisprudencial, sobre todo atendiendo a que los dos casos estudiados exponen extremos en los que la rebaja de pena supera el 80% de los límites punitivos y por otra afectan derechos concretos de víctimas directas que exigían de los operadores judiciales una protección reforzada, como así se expuso en uno de los apartes de la *ratio decidendi*:

*“En los procesos penales que se adelanten respecto de delitos graves y donde intervengan sujetos de especial protección constitucional en calidad de víctimas (violencia sexual de mujeres en situación de discapacidad), el derecho a la participación de estas últimas demanda de las autoridades (fiscales delegados y jueces de conocimiento) una protección constitucional reforzada”.*

Ahora bien, en lo que atañe a la Corte Suprema de Justicia, es importante el fallo SP2073-2020, del 24 de junio de 2020, rad. 52227, en el que por una parte y entre otros aspectos cita la sentencia SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional, en cuanto a los límites de la Fiscalía para otorgar beneficios punitivos en asuntos como los citados en el aparte jurisprudencial que se acaba de citar.

Hace referencia también a aquellos aspectos a verificar en el trámite anticipado: i) Las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que deben constituir delito ii) El mínimo probatorio y demás elementos del Art. 327 de la Ley 906 de 2004 para salvaguardar el principio de presunción de inocencia iii) La claridad con la cual se deben fijar los términos del preacuerdo, para establecer si el cambio de la calificación jurídica es el resultado de un ajuste a la legalidad o a la concesión de un beneficio iv) Los límites de los preacuerdos, en cuanto a su viabilidad legal al otorgar beneficios sea por la modalidad o por la cantidad de los mismos o por las restricciones frente a unos delitos v) Los derechos del procesado y vi) Los presupuestos legales de la condena.

En este pronunciamiento la Corte explicó también las diferencias entre los preacuerdos que se formulan en la práctica judicial con y sin base factual siendo los últimos aquellos que se trabajan para que la persona procesada obtenga beneficios únicamente con efectos punitivos lo cual ha tenido incidencia a partir de entonces en cuanto a las consecuencias que se derivan respecto de los subrogados y sustitutivos penales.

También se encuentra el fallo SP3002-2020, del 19 de agosto de 2020, rad. 54039, decisión en la que la Corte reitera y resalta las diferencias entre el control material a la acusación, entendida como la actividad de parte realizada en una determinada fase del procedimiento –ordinario o abreviado-, con las verificaciones que deben hacer los jueces al momento de emitir sentencia. Perspectiva, desde la cual ha de entenderse que la acusación contiene la pretensión que la Fiscalía le presenta al juez competente sobre la forma cómo debe resolverse el caso, y es en ese ámbito -el de la estructuración y presentación de la pretensión punitiva, concretada en la acusación- sobre el cual, a los jueces les está vedado realizar un control material, sin perjuicio de las consabidas labores de dirección, orientadas a que la Fiscalía cumpla los aspectos formales previstos en la ley.

Resalta también las diferencias entre la condena emitida en el trámite ordinario y el abreviado.

Explica además que la Fiscalía puede introducir algunos cambios a las premisas fáctica y jurídica incluidas en la imputación, los que, incluso, puede resultar favorables al procesado, y las verificaciones que se deben adelantar en esos eventos, ante todo cuando esas modificaciones se presentan como “*ajustes a la legalidad*” y tienen como base el principio de progresividad de la investigación. Y la diferencia con aquellos casos en los que no se trata de realizar estos cambios sino otorgar un beneficio netamente punitivo, en los que no se requiere la presentación de prueba de respaldo.

Las anteriores orientaciones jurisprudenciales han tenido incidencia en la práctica judicial respecto de la aplicación de sustitutivos y subrogados penales cuya concesión depende en los

acuerdos sin base factual del delito incluido en la imputación y en la acusación, y no de las modalidades que se aplican para obtener un beneficio punitivo, de lo que surge otro debate porque esta interpretación restrictiva se aplicará según que se acoja como límite temporal, ya sea la fecha en la que se elabora el preacuerdo, o la fecha de su presentación ante el juez de conocimiento o aquella en la que dicho funcionario avala su legalidad o también a la fecha en que se emite la decisión condenatoria.

Por el momento se tiene al menos dos pronunciamientos jurisprudenciales que permiten dilucidar una solución respecto a esta problemática. En primer lugar, el fallo del 14 de abril de 2021, radicado 53718, en el que al estudiar la temática relacionada con *“La ocurrencia de las conductas punibles y la regla jurisprudencial aplicable en materia de preacuerdos”* indicó:

*“Deviene de lo expuesto que la regla a seguir para el examen del problema jurídico sometido a consideración de la Sala es la aceptación de la calificación jurídica formulada por la fiscalía en el preacuerdo y darle al beneficio punitivo el tratamiento que voluntaria y conscientemente convinieron **la fiscalía, el procesado y la defensa**, pues no se advierte violación de garantías y fue estructurado con base en la jurisprudencia citada y vigente **para la fecha de la negociación** para la terminación anticipada del proceso”.*

En segundo lugar, se tiene el fallo de tutela STP11888-2020 radicación No. 114112 de diciembre 15 de 2020, en el que se revisó un caso en el que se declaró la nulidad de la actuación, a partir de la aprobación del preacuerdo presentado por las partes, aplicando reglas jurisprudenciales que no eran conocidas a la fecha de elaboración del mismo, respecto de lo cual se dijo entre otros fundamentos que permitieron tutelar los derechos fundamentales invocado:

*“De otra parte, resulta imposible recriminar que la delegada fiscal como el juez de primera instancia inaplicaran un criterio jurisprudencial de la Sala mayoritaria, que fue emitida con*

*posterioridad a la elaboración del preacuerdo, pues recuérdese la jurisprudencia que trajo a colación data 24 de junio de 2020, mientras que la negociación se llevó a cabo el 30 de septiembre de 2019, incluso de la misma sentencia emitida por el juez de primera instancia, la cual se profirió el 25 de junio del año en curso, un día después del criterio citado por la autoridad accionada, por lo que no puede dársele un efecto retroactivo a un criterio que resulta desfavorable para los intereses del procesado”.*

Como se observa en estos casos analizados por la Corte Suprema de Justicia la fecha que se tiene en cuenta para determinar las reglas jurisprudenciales aplicables en materia de preacuerdos lo es la fecha de elaboración del preacuerdo no solamente porque en el fallo de tutela así lo expresa claramente sino también porque en el asunto penal radicado 53718 se hace referencia a los términos del preacuerdo fijados por la fiscalía, el procesado y la defensa, que son las partes procesales que intervienen al momento en que se fijan los términos de la negociación, fase en la que aún no interviene el funcionario judicial que adelantará el escrutinio final de legalidad.

### **7.3.2. Prisión domiciliaria**

Respecto de este beneficio, debe decirse que excepcionalmente puede ser concedido como un mecanismo alternativo a la medida intramural, pero resulta indispensable dejar en claro que de todas formas se configura en una restricción efectiva y real del derecho de libertad del condenado, solo que se cumple en su lugar de residencia o morada, para lo cual se exige como presupuesto que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 38 B del C.P modificado por la Ley 1709 de 2014 y que remite a la vez al artículo 68A, inciso 2, del mismo estatuto penal, a fin de verificar si la conducta sancionada se encuentra allí enlistada y en caso afirmativo, este mecanismo sustitutivo no podrá concederse.

En sentencia SP977 de 7 de mayo de 2020, con radicado 54509 y bajo ponencia del Magistrado Gerson Chaverra Castro se rememora lo aportado por la Sala en la decisión SP43134-2019, Rad. 52898, que ha precisado:

*“Con la expedición de la Ley 1709 de 2014, el régimen de libertades fue modificado al fijar pautas objetivas para evitar que la discrecionalidad de los jueces privilegiara la detención intramural del condenado sobre la concesión de los beneficios y sustitutos consagrados en el Código Penal.*

*En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Ministerio de Justicia, se dijo que las penas intramurales debían constituir el último recurso al cual se acudiera en la ejecución de la pena, la cual no podía cumplir únicamente la función retributiva, en tanto que la apuesta por una política inclusiva que no desconoce las necesidades de seguridad ciudadana, estaba “cimentada en los mandatos constitucionales que limitan racionalmente la intervención punitiva del Estado, y se funda en principios básicos como los de proporcionalidad y necesidad de la pena”.*

*De ahí que la:*

*“propuesta tiene como eje central poner en acción el principio del derecho penal como ultima ratio. En ese sentido, se busca que las personas, que objetivamente cumplan los requisitos establecidos en la ley accedan efectivamente a los beneficios de libertad. Actualmente, la existencia de criterios subjetivos, dada la alta discrecionalidad de la que gozan los jueces, impide el otorgamiento de dichos beneficios, a pesar de que muchas de estas personas podrían acceder a ellos y contribuir así a la descongestión de los establecimientos”<sup>2</sup>.*

*Estas razones llevaron mediante el artículo 23 de la citada ley a adicionar al Código Penal el 38B, que prevé los requisitos de la prisión domiciliaria consagrados inicialmente en el artículo 38 del estatuto punitivo, modificado por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011.*

*Además de elevar el mínimo de la pena prevista para posibilitar la prisión domiciliaria a 8 años y prohibir el sustituto para los sentenciados por las conductas punibles enlistadas en el inciso 2*

---

<sup>2</sup> Exposición de motivos, Gaceta del Congreso 117 de 2013.

*del art. 68A del Código Penal, supeditó su procedencia a la constatación de un hecho objetivo, consistente en la demostración del arraigo familiar.*

*El propósito del legislador no fue otro, cuando en el trámite del proyecto de la ley, en el informe de ponencia para segundo debate, se consignó que:*

*“Se establecen elementos concretos en relación con el requisito subjetivo para conceder la prisión domiciliar establecida en el artículo 28C (sic) de la Ley 599 de 2000, todo ello con el fin de disminuir el impacto de la discrecionalidad al momento de decidir. Esos mismos elementos deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar los demás beneficios de libertad”<sup>3</sup>.*

*Por eso, finalmente en su conciliación se acogió el texto aprobado por el Senado, según el cual es suficiente con que se “demuestre” el arraigo familiar y social del condenado, en contraposición al de la Cámara que imponía a partir de él, “inferir fundadamente que la persona no eludirá el cumplimiento de la pena ni cometerá nuevos delitos”<sup>4</sup>.*

*En efecto, la obligación impuesta por el artículo 38 del Código Penal al juez de deducir fundada y motivadamente que el condenado no pondría en peligro a la comunidad ni eludiría el cumplimiento de la pena con fundamento en su desempeño personal, laboral, familiar o social, fue sustituida por la de establecer su “arraigo familiar y social”.*

*Al mismo tiempo previó, que corresponde “al juez de conocimiento que imponga la medida establecer con todos los elementos de prueba la existencia o inexistencia del arraigo”<sup>5</sup>.*

*En este sentido, se introduce un concepto despojado de toda subjetividad del juez encargado de decidir acerca del beneficio, relacionado con la permanencia del sujeto en un lugar determinado. Basta que las pruebas indiquen su existencia para el otorgamiento de la prisión domiciliaria.*

*Arraigar en sentido lato es echar o criar raíces; vinculado con las personas o las cosas es establecerse de manera permanente en*

---

<sup>3</sup> Cámara de Representantes; Gaceta del Congreso 298 de 2013.

<sup>4</sup> Proyecto de ley número 256 de 2013, artículo 19 que modifica el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, Gaceta del Congreso 2017 de 2013.

<sup>5</sup> Texto aprobado en plenaria. Gaceta del Congreso 514 de 2013.

*un lugar<sup>6</sup>, de modo que el arraigo familiar y social, está referido a la presencia duradera o estable del condenado en un sitio con ocasión de sus relaciones con su grupo familiar o la comunidad con la cual interactúa en razón de su rol o actividades que desempeña.*

*De este modo, el arraigo es «el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes»<sup>7</sup>.*

*Ahora bien, el mismo se demuestra con cualquier medio de prueba, sin que necesariamente sea de aquellos practicados y debatidos en el juicio oral; basta que haya sido allegado a la actuación. Puede ser alguno de los mencionados en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004 o cualquiera otro que permita establecerlo.*

*Entonces, ¿sirve la información procesal sobre el lugar de ubicación y permanencia, la cual permite que el indiciado o imputado en el desarrollo de la investigación y juicio puedan ser citados a las distintas diligencias o audiencias, en las cuales su presencia es requerida? Para la Sala la respuesta es positiva, en tanto de ella se infiere el arraigo, mientras la ley facilita su demostración “con todos los elementos de prueba allegados a la actuación”.*

En otro aparte jurisprudencial la Alta Corporación dijo:

*“De igual manera, la Sala ha reiterado que el arraigo se demuestra con cualquier medio de prueba, sin que necesariamente tengan que ser los practicados o debatidos en el juicio oral, pues basta que hayan sido allegados a la actuación”.<sup>8</sup>*

Y con anterioridad, en el pronunciamiento SP6348 de 25 de mayo de 2015, dentro del radicado 29581 se indicaba respecto de ese requisito:

*“la expresión arraigo, proveniente del latín ad radicare (echar raíces), supone la existencia de un vínculo del procesado con el lugar donde reside, lo cual se acredita con distintos elementos de juicio, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con*

---

<sup>6</sup> Diccionario Esencial de la Lengua Española, Real Academia Española, Espasa Calpe 2006.

<sup>7</sup> CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 46647.

<sup>8</sup> SP918 del 3 de febrero de 2016, radicado 46647 y SP4439 del 10 de octubre de 2018, radicado 52373, SP1177 de 10 de junio de 2020 con radicado 51615

*la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades”.*

#### **7.4. CASO CONCRETO**

De entrada, se advierte que la defensa incurre en error al interpretar la norma que establece los requisitos para la concesión del sustitutivo de prisión domiciliaria, ya que el artículo 38 B del C.P. indica claramente respecto del primero de ellos “*Que la sentencia se imponga por conducta punible **cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos***”, es decir que este elemento de tipo meramente objetivo, no hace referencia a la pena impuesta en el caso en concreto sino a la imponible que se fija en la norma.

Ahora bien, en condiciones normales, efectivamente en el ámbito de movilidad punitivo, sus extremos pueden ser modificados como consecuencia de la aplicación en el proceso de adecuación jurídica, de los dispositivos amplificadores tales como el previsto en el art. 30 C.P. que se tuvo en cuenta para pactar la pena en el asunto de nuestro interés, de ahí la trascendencia de determinar la jurisprudencia aplicable al caso, ya que dependiendo de ello se atenderá ya sea el nivel de intervención real del acusado como autor en la comisión del ilícito o aquel que fue objeto del pacto en el que la Fiscalía, únicamente para efectos punitivos le reconoce la pena fijada para quien participa en la comisión del delito en calidad de cómplice.

Entonces, para avanzar en nuestro análisis, se debe partir por solucionar el cuestionamiento preliminar planteado, para lo cual resulta indispensable definir la fecha que permite establecer las reglas jurisprudenciales aplicables al caso pues ello ha sido objeto de debate al menos a nivel de nuestra corporación tribunalicia, determinando en esta oportunidad que ese corte temporal se debe

fijar conforme al momento histórico en que se elaboró o realizó el preacuerdo lo cual se puede verificar con la fecha registrada en el acta de preacuerdo en razón a que los términos del mismo se fijaron escrituralmente. A tal posición se arriba con apoyo en los fallos citados como fundamento jurisprudencial pues de un entendimiento conjunto como ya se indicó se establece que es la fecha de elaboración del preacuerdo en la que intervienen el fiscal, el procesado y la defensa, el punto de referencia temporal a tener en cuenta.

Con el presupuesto anterior se determina que si bien el acta de preacuerdo, registra tres fechas, es decir el 6 y 20 de junio 2020 y el 21 de julio de 2020, se tiene conforme al trámite adelantado y que consta tanto en el acta de la audiencia de formulación de acusación desarrollada el 8 de junio como con la certificación No. 112 expedida el 18 de noviembre de ese año por la Secretaría del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, despacho en el que inicialmente se tramitó el proceso matriz, que la negociación ya se había estructurado para el 8 de junio de 2020, y fue puesta de presente ante el señor juez de conocimiento, lo que le permitió a dicho funcionario decretar la ruptura procesal.

Es decir que para la fecha en que ya se había adelantado la negociación y que se puso en conocimiento de la judicatura en junio 8 de 2020, y aún si se atendiera a la fecha que reporta la defensa como aquella en que en definitiva se consolidó el preacuerdo – 20 de junio de 2020 – corresponde a calendas anteriores a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto del mismo año.

Ahora bien, se conoce que varias fueron las repercusiones, las discusiones en torno a ellas y las razones que se ventilaron tanto en escenarios académicos como en las decisiones judiciales, ya que

como es sabido los fallos de tutela si bien surten efectos interpartes crean subreglas que se convierten en precedente de obligatorio acatamiento, pero a la vez no se debe olvidar que dado los principios de subsidiariedad y residualidad no se puede acudir al mecanismo constitucional de tutela como una tercera instancia frente al procedimiento ordinario.

Pero también es cierto que la dinámica en la defensa de derechos fundamentales y garantías procesales cuya vulneración merece protección tutelar, nos ha llevado a reflexionar respecto de los efectos de la constitucionalización de las jurisdicciones procesales especiales, como ha ocurrido con alguna frecuencia cada vez creciente en las áreas penal, civil y laboral, claro ejemplo de ello la temática planteada en el XI Conversatorio de la Jurisdicción Civil, Familia, Agraria y Ambiental llevada a cabo el día 9 de diciembre de 2021, en el que se trató el tema de La Tutela y dicha Jurisdicción Civil, y entre otros subtemas su efectos como lo expuesto por el docente Hernando Parra Nieto, Rector de la Universidad Externado de Colombia.

Y de manera específica en cuanto a los efectos en el procedimiento penal, es posible identificar un cambio relevante a partir del fallo SU 479 de 2019, con una etapa inicial de discusiones hasta la emisión de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 52227 y 54039 de 2020 que acogieron varios de los planteamientos de dicho fallo.

Entre esos debates fue conocido el planteamiento expuesto en algunas de las decisiones del Tribunal Superior de Medellín, como la emitida en febrero 7 de 2020, radicado 05 001 60 00206 2019 11103 MP Nelson Saray Botero, en cuyo caso se identificaron varias razones para apartarse de las reglas fijadas en la sentencia de unificación SU 479 de 2019, atendiendo a algunos puntos de la *ratio*

*decidendi*, lo cual resulta razonable si se atiende a los casos que fueron objeto de revisión en los que se habían pactado rebajas exorbitantes que superaban el 80% de los límites punitivos acudiendo a las circunstancias previstas en el art. 56 del C.P. o que además de ello se afectaron derechos concretos de víctimas directas que exigían de los operadores judiciales una protección constitucional reforzada.

Esos debates además no pueden dejarse de lado totalmente en la medida en que dada la congestión judicial varios preacuerdos de aquella época aún se encuentran en estudio por parte de los funcionarios judiciales como base para imponer sentencias condenatorias con injerencia en el otorgamiento de beneficios procesales, lo que resulta evidente en el presente caso, cuando al radicar el preacuerdo, se fijó una fecha inicial para el mes de abril de 2021 y la siguiente programación se dio para el 7 de julio del mismo año, en la que definitivamente se verificó la legalidad del preacuerdo, carga que no debe generar consecuencias adversas al señor **CMMC** tal como lo expone su defensa.

Por efectos prácticos no es del caso avanzar o profundizar en determinar si dicho fallo resulta o no aplicable frente al preacuerdo que fue definido entre la Fiscalía y el precitado, en atención a que la defensa que lo representa acude al recurso de apelación ante el Tribunal como apelante único por lo cual no resulta procedente desmejorar su situación jurídica cuando sucede además que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que precisan los alcances de la sentencia de unificación de tutela para determinar los efectos de los preacuerdos con base factual frente al otorgamiento de subrogados y sustitutivos son posteriores a la fecha de elaboración del preacuerdo.

Se une también otra razón de peso, ya que este punto no fue objeto de debate y solo se hace mención al mismo, porque se conoce que una de las posturas al interior de nuestra corporación aboga por que se tenga en cuenta como fecha de estructuración del acuerdo aquella en la que se emite la sentencia condenatoria, que lo sería para el caso el 7 de julio de 2021, fecha en la cual ya serían aplicables todas las nuevas reglas jurisprudenciales.

En definitiva, encuentra la Sala mayoritaria que de acuerdo con la fecha de estructuración del preacuerdo resultan aplicables aquellos parámetros de interpretación fijados por la Corte Suprema de Justicia para el 8 de junio del 2020, que nos permitían acoger como base punitiva la fijada para el delito que fue objeto del preacuerdo, lo que en lógica incluye aquellos dispositivos amplificadores como lo es la complicidad.

Cabe también precisar que, si bien el despacho de primera instancia acoge como precedente de nuestra Corporación la sentencia emitida el 11 de junio de 2021, NI 35748, M.P Dr. Silvio Castrillón Paz, resulta que el trámite procesal del asunto examinado difiere del *sub examine* en la medida en que en esa ocasión el preacuerdo fue suscrito con posterioridad a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto del mismo año; adelantándose inclusive las fases de la senda procesal ordinaria, pues para ese mismo 19 de agosto, se estaba presentando escrito de acusación y el preacuerdo fue estructurado cuando ya se había fijado fecha para la audiencia preparatoria, que se había programado para el 26 de noviembre de ese año 2020.

En esa línea, se encuentra como objeto de alzada la negación de conceder la prisión domiciliaria, que se limitó a abordar el primer requisito del Artículo 38 B de la legislación sustantiva penal, sin que

la Jueza de conocimiento creyera necesario en consecuencia avanzar a las otras exigencias, razón por la cual se abordará el estudio integral de dicha norma, al encontrarse inescindiblemente ligados a la pretensión expuesta por la defensa durante el trámite relacionado con el artículo 447 del C. de P.P. y que se mantienen en el recurso de apelación, centrada en la concesión del sustitutivo de prisión domiciliaria.

Se determina así, que la pena imponible tanto para el delito previsto en el artículo 365 como en el 366 disminuida por efectos de la complicidad reconocida resulta inferior a 8 años de prisión de ahí que se verifica el cumplimiento del requisito objetivo inicial de la norma antedicha<sup>9</sup>; de la misma forma al revisar el artículo 68 A del Código Penal en cuanto al listado de las conductas por las cuales se prohíbe la concesión del sustitutivo de prisión domiciliaria entre otras, no se incluyen los delitos endilgados al señor **CMMC**.

La siguiente exigencia, corresponde al arraigo que debe demostrarse por parte de quien quiere acceder al beneficio domiciliario, para lo cual, de conformidad con la jurisprudencia revisada, se trata de un elemento de índole objetivo y su acreditación se lleva a cabo bajo el principio de libertad probatoria, que impone la obligación al juez de instancia analizar la petición en correlación con los elementos materiales probatorios e información que reposan en el expediente.

Así las cosas, de manera preliminar se procede a estudiar los medios de prueba que la defensa adjuntó a efectos de lograr la concesión del beneficio incoado encontrando:

---

<sup>9</sup> Según el art. 30 del C.P. la pena se disminuirá de una sexta parte a la mitad, aplicándose la última a mínimo, razón por la cual la prevista en el artículo 365 del C.P. resulta en el tope de 4 años 6 meses y la prevista en el artículo 366 del C.P. en 5 años y 6 meses.

1. Constancia de quien preside la Junta de Acción Comunal del Barrio El Coliseo, expedida el 20 de abril de 2021, conforme a la cual se da a conocer que el procesado convive con sus abuelos, quienes se hicieron a cargo de él como hijo, y residen en el municipio de Belén de los Andaquies, en dicho barrio en la dirección ...
2. Las declaraciones extrajuicio rendidas el 21 de abril de 2021 ante la Notaría Única del municipio de Belén de los Andaquies del Caquetá, por parte de OMG y SCG abuelos de **CMMC**, quienes dan cuenta de su parentesco y lugar de residencia por tratarse de su nieto con quien han convivido desde temprana edad cuando contaba con 5 años, y creció bajo su seno familiar, con dirección actual en la ... del Barrio El Coliseo del municipio de Belén de los Andaquies del Caquetá, expresando además su conocimiento acerca de que no representa un peligro para su comunidad.
3. Recibo del servicio público de la empresa Electrificadora del Caquetá SAS ESP, en el que se registra la dirección ya indicada y como titular SCG, abuela del procesado.

Con lo anterior la parte interesada en que se conceda el sustitutivo, cumple en principio con la carga de la prueba que respalda su solicitud, demostrando el arraigo de **CMMC** en el municipio de Belén de los Andaquies del departamento del Caquetá, Barrio El Coliseo.

Adicional a lo anterior, se encuentra en el expediente la siguiente información que permite corroborar dicho arraigo, así:

1. El acta de derechos del capturado del 6 de octubre de 2019, en la que se reporta por parte del aprehendido, como persona a

quien desea que se comuniquen su situación a la señora SCG, y teléfono de contacto de aquella el No...., lo cual coincide con la información consignada en la certificación de la Junta de Acción Comunal del Barrio El Coliseo, según la cual el procesado mantiene lazos afectivos con su abuela.

2. Cartilla biográfica emitida por el INPEC en la que se registra como ciudad de residencia Belén de los Andaquies en el barrio El Coliseo, datos que también fueron reportados durante el estudio de su arraigo que adelantó el investigador del CTI Marlon Andrés Acosta Obando.

3. En la audiencia de verificación de preacuerdo el convocado a aceptar sus términos dio a conocer como lugar de residencia el municipio de Belén de los Andaquies, y dirección ... del barrio El Coliseo y teléfono de contacto el mismo número reportado al momento de su captura como perteneciente a la señora SCG.

4. El acta de compromiso suscrita el 9 de febrero de 2021, cuando le fue sustituida la medida de aseguramiento intramuros por una no privativa de la libertad, registró como lugar de residencia el municipio de Belén de los Andaquies, barrio El Coliseo y teléfono de contacto ...

Bajo tal ilativa, se supera también el tercer requisito consagrado en el artículo 38 B del C.P., relacionado con el arraigo, por lo cual se establece como respuesta que se debe conceder el subrogado de prisión domiciliaria al señor **CMMC**. En consecuencia, se procederá a revocar la decisión impugnada en lo que es objeto de la apelación, y en su lugar otorgarse al procesado el sustituto de la prisión domiciliaria conforme a lo previsto en el artículo 38 B del C.P., previa suscripción del acta de obligaciones y otorgamiento de caución prendaria por el equivalente a un (1) salario mínimo legal

mensual vigente, conforme lo establece el numeral 4° de dicha norma. En lo demás, el fallo se mantendrá inmodificable. Una vez signe el acta, se oficiará al INPEC para que proceda a hacer efectivo el beneficio que se reconoce.

La suscripción de la respectiva diligencia de obligaciones, el otorgamiento de la caución prendaria, y la emisión de los oficios para hacer efectivo el sustituto, quedarán a cargo del Juez de primera instancia.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto (N), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión adoptada el 07 de julio de 2021, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Tumaco, en cuanto a negar el sustitutivo de prisión domiciliaria, y en su lugar se dispone **CONCEDER** el mismo en favor del señor **CMMC**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Para ese efecto, el procesado deberá suscribir acta en la que se comprometa a cumplir las obligaciones consagradas en el artículo 38 B del C.P., previo otorgamiento de caución prendaria por el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. La suscripción de la respectiva diligencia de obligaciones, así como el otorgamiento de la caución prendaria, se hará ante el juzgado que emitió la sentencia de primera instancia.

**TERCERO:** Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

039

**BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO**

**Magistrada**

**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**

**Magistrado**

**FRANCO SOLARTE PORTILLA**

**Magistrado**

**Con salvamento de voto**

**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**

**Secretario**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Radicado: N.I. 36356**

**Procesado: CMMC**

**Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas**

Con el acostumbrado respeto por el pensamiento distinto, expongo las razones por las cuales me aparto de la decisión asumida en el asunto de la referencia:

Como bien lo expone la providencia suscrita por la Sala mayoritaria, al interior de la Colegiatura se han presentado posturas diferentes en el puntual tema

relacionado con el momento de la aplicación de los precedentes jurisprudenciales, cuando de abordar el estudio de los preacuerdos se trata. Descartada la posibilidad de enarbolar el principio de favorabilidad frente a la vigencia del precedente, por factores concernientes a la confianza legítima, la suscripción de un convenio destinado por cuenta de la confesión de la responsabilidad a cambio de un lenitivo de pena, a la terminación anticipada del proceso se torna sin embargo viable bajo la irradiación de los términos de la jurisprudencia regente para el tiempo en que dicho pacto se suscribe.

Los compañeros del Tribunal han considerado que el momento que rige la validez de un preacuerdo es el de la suscripción del mismo por las partes. De ese criterio me he apartado, con la exposición de las siguientes breves acotaciones, consignadas otrora bajo la fórmula de aclaración de voto, hecho así en la medida en que en aquellos asuntos había coincidido en la decisión final, cosa que en esta oportunidad no es posible, debido a que las particularidades de este caso, bajo el influjo de mis comedidas apreciaciones, debería ser resuelto de manera distinta a como se hizo. Estas son las motivaciones que en pretéritas ocasiones expuse:

*“Conforme con la decisión asumida en el asunto de la referencia, empero con respeto disiento del aserto desarrollado en las páginas 17 y 18 de la providencia en cuestión, en cuanto que ‘es la fecha en la que se postula el pacto o convenio de responsabilidad ante la judicatura de conocimiento la que marca la aplicabilidad de dichas reglas’, refiriéndose a que es ese espacio procesal el que debe atenderse para los efectos de la señalización del momento en que deba aplicarse un específico precedente vigente en tema de los preacuerdos.*

*Pienso que, en rigor, el referente procesal propicio para esos propósitos es la sentencia, atendiendo la connotación que, como acto judicial entraña, que no la tienen actos de parte como lo es sin duda la protocolización de la intención de la suscripción de un convenio de la aludida especie, el que incluso se puede presentar ante una dependencia formalmente administrativa, como puede ser la secretaría de un Despacho o un centro de servicios.*

*Esta proposición incluso no riñe, si es que en puridad no se armoniza con el mismísimo precedente de la Corte Suprema de Justicia del cual se soporta la Sala mayoritaria, este es el asunto radicado con el número 53718 del 14 de abril hogaño, que relievra el tiempo 'en que se estructuró el preacuerdo' entre las partes como referente para la aplicación del precedente que en estas materias se encontraba en vigor. En mi concepto, un pacto de esa naturaleza no se estructura con su presentación solamente, sino cuando ha adquirido aval jurídico mediante una sentencia.*

*Es que es la misma providencia de la Corte la que al inicio de sus consideraciones, la que indica como evento procesal de trascendencia, la fecha de la emisión del fallo. Porque además, un acto judicial de semejante talante es el que la Corte y para los mismos fines enunció en otros pronunciamientos, como así de manera clara y sin vacilaciones se determinó en el radicado 49467 del 14 de junio de 2017”.*

Una concepción de esa magnitud entraña, indefectiblemente, que comoquiera el fallo dictado en este diligenciamiento tiene data del 7 de julio de 2021, tiempo para el cual ya se encontraban en vigor las paradigmáticas providencias con radicados 52227 y 54039 de 2020, conocidas con suficiencia, en particular la primera citada, la cual de manera precisa indica que en tratándose de acuerdos direccionados a alterar la calificación jurídica en principio concebida por la fiscalía, pero sin base factual, como sería el caso, el juez de conocimiento está obligado a emitir condena por el delito imputado con sus circunstancias y no por el que fue materia de convenio.

Ello trasunta en la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena, porque, para ser concreto, la prisión domiciliaria deberá ser examinada primerísimamente en el punto atinente al requisito objetivo de la sanción, que según las voces del artículo 38 B- 1 será *“que la sentencia que se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años o menos”*. El procesado de este asunto fue imputado por la comisión **como autor** del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones o explosivos de uso privativo de las fuerzas arma, cuya pena mínima está dispuesta por legislador en 11 años de prisión.

Ello, así de simple, haría inviable la concesión del susodicho sucedáneo, por lo que respetuosamente pienso que la decisión del Tribunal debió ser la confirmatoria del fallo recurrido.

Atentamente,

**FRANCO SOLARTE PORTILLA**  
**MAGISTRADO**