

**PREACUERDOS - FACULTADES DEL JUEZ:** El funcionario judicial no puede realizar controles materiales sobre la acusación, porque desnaturaliza el sistema penal de características acusatorias, basado en la separación de funciones que debe haber entre acusación, defensa y juzgamiento

**PRISIÓN DOMICILIARIA – REQUISITOS:** En la determinación del factor objetivo deben tenerse en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo, tales como la ira e intenso dolor.

**PRISIÓN DOMICILIARIA –REQUISITOS: Procedencia.**

Siendo que se suscribió un preacuerdo, en el cual se acepta responsabilidad en la comisión de un delito de homicidio a cambio del reconocimiento, como único beneficio, del estado de ira e intenso dolor, aspecto sobre el cual no le es dable a la judicatura oponerse, porque le está vedado realizar controles materiales a estos actos de parte, esta disminución punitiva deberá ser valorada en el proceso de determinación judicial de la pena y en los demás eventos en los que normativamente tenga incidencia, como es el caso del estudio del sustituto de la prisión domiciliaria, porque para la determinación del factor objetivo en la labor de verificación del mínimo punitivo al que hace referencia el requisito objetivo, hay que tener en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo al igual que aquellas circunstancias genéricas y específicas que agraven o atenúen la punibilidad y que tengan la virtualidad de modificar los límites punitivos, como el estado de ira e intenso dolor, sin importar que esta circunstancia resulte ser un derecho o sea producto de una ficción normativa por efecto de la negociación entre las partes. Y como quiera que el mínimo previsto legalmente está por debajo de los ocho años de prisión, que se cumple con el requisito del arraigo familiar y social y que el delito no se encuentra dentro de la lista de conductas penales respecto de las cuales se prohíben o se excluyen este tipo de beneficios, según el artículo 68A del Código Penal, hay lugar a la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria.

---

## REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO**

**SALA DE DECISION PENAL**

<b>Sentencia Penal N°:</b>	07
<b>Radicación:</b>	528356000538201601528-01 NI. 29698
<b>Procesado:</b>	CPG
<b>Delito:</b>	HOMICIDIO
<b>Acta de Aprobación:</b>	072 del 26 de junio de 2019

**Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz**

San Juan de Pasto, tres (3) de julio del dos mil diecinueve (2019)

## ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor CPG, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco - Nariño el día 23 de abril de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se lo condenó como autor a título de dolo del delito de homicidio, a la pena principal de setenta (70) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. Igualmente, resolvió NO conceder al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni el sustitutivo de prisión domiciliaria.

## HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

### RELEVANTES

De conformidad con la exposición que se hace de los hechos en el acta de preacuerdo, se tiene

*“El día 10 de septiembre de 2016, a eso de las 10:00 horas en el sector conocido como la cancha del corregimiento de Llorente jurisdicción de Tumaco, cuando el señor CPG se enfrentó en una discusión con la víctima, el señor MPC el cual desencadenó una agresión con arma blanca tipo cuchillo con el que el señor CPG le propició 4 puñaladas que le produjeron la muerte, ante la gravedad de estos hechos la comunidad indígena perteneciente al resguardo PIGUAMBU PALANGALA detiene al señor CPG por ser el presunto autor material del Homicidio del señor MPC, trasladando a la estación de policía de Llorente con el fin de que sea puesto a disposición de la Fiscalía para su judicialización”*

El 12 de septiembre de 2016 se cumplieron ante el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Tumaco – Nariño-, las diligencias preliminares concentradas de legalización de captura y formulación de la imputación, dentro de las cuales la Fiscalía le imputó la comisión del delito previsto en el artículo 103 del Código Penal, en calidad de autor y a título de dolo, el cual tiene

prevista una pena de 208 a 450 meses de prisión, cargos que no fueron aceptados por el procesado.

No obstante la negativa del procesado a allanarse a los cargos endilgados, el 14 de septiembre de 2016 el Fiscal Delegado presentó escrito de preacuerdo, en el cual se pactó que el señor CPG aceptaba de manera libre, voluntaria y debidamente asesorado, la conducta punible de HOMICIDIO en calidad de autor a título de dolo, bajo el verbo rector matar, previsto en el Libro 2 Título I, Capítulo 2 artículo 103 del Código Penal, a cambio de la concesión o reconocimiento **-como única rebaja -** de la circunstancia de menor punibilidad modificadora de límites punitivos conocida como *“estado de ira o intenso dolor”*, consagrada en el artículo 57 del Código Penal. Adicionalmente, se acordó el monto de la pena a imponer en SESENTA (70) MESES DE PRISION y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de tiempo.

Dicho convenio fue objeto de análisis en audiencia de Verificación de Preacuerdo, realizada el 23 de abril de 2019 por parte del Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tumaco, quien después de hacerle conocer al imputado los derechos que le asistían e interrogarle acerca de si la aceptación de cargos era libre, consciente y voluntaria, impartió aprobación tanto a la acusación como a la aceptación de cargos.

El mismo día, el referido Juzgado emitió sentencia de carácter condenatorio, en la que se resolvió condenar al señor PG por la pena principal de setenta (70) meses de prisión, como autor doloso del delito de homicidio; al igual que se lo condenó a la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el

mismo término de la pena principal y resolvió no conceder al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni el sustitutivo de prisión domiciliaria.

Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación por parte de la Defensa, lo que ha dado lugar al arribo del expediente a esta instancia para efecto de revisión en alzada, para que se revise la posibilidad de la concesión del sustituto de prisión domiciliaria.

### **FUNDAMENTOS DE LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

Teniendo en cuenta que la Defensa del condenado únicamente censuró los argumentos esbozados por el Juez de Conocimiento a la hora de negar el sustituto de prisión domiciliaria a su prohijado, entonces esta Sala entrará a reseñar de manera exclusiva, lo considerado por la primera instancia frente a este tópico.

La Judicatura en mención fundamentó su decisión, rechazando de plano el beneficio de prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión intramural, debido a que si bien el delito en cuestión no se encuentra contenido en la prohibición de delitos del artículo 68 A del Código Penal; de la revisión del artículo 38B<sup>1</sup>, concluyó que en el presente caso y teniendo en cuenta que la pena mínima impuesta por el Código Penal para el delito de homicidio es mayor de 17 años, el término de la exigencia objetiva se rebasa con creces y. por lo tanto, no resultaba jurídicamente viable permitirle gozar de dicho beneficio al señor CPG.

### **ARGUMENTACIONES DE LOS IMPUGNANTES**

## DEFENSA DEL CONDENADO

El Doctor FERNANDO CABEZAS LANDAZURI, abogado Defensor de los intereses jurídicos del procesado, señaló que el Juez de Primera Instancia incurre en un error al no conceder al condenado el sustituto de prisión domiciliaria establecido en los artículos 38 y 38B del Código Penal, modificados por los artículos 22 y 23 de la Ley 1709 de 2014, pues éste no podía afirmar que el máximo de la pena rebasaba con creces el requisito objetivo requerido por la mentada normatividad, en la medida en que en el preacuerdo se pactó como beneficio la concesión de un fenómeno amplificador del tipo, esto es *“el estado de ira o intenso dolor”*, por lo que los límites punitivos del delito fueron modificados, llegando al punto que los mismos no sobrepasaran el requisito objetivo, esto es, que la pena mínima para el delito establecida en la Ley no superara los ocho (8) años de prisión.

Cita el apelante la sentencia del 9 de marzo de 2016, con radicado 45181, emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la que se precisó que *“(...) si ello es así, dado que en la estructura del fallo, luego de la acreditación de la materialidad del delito, así como ha tenido en cuenta para ello no únicamente el comportamiento por el que se procede, si no las circunstancias modificadoras de la punibilidad generadas como consecuencia del preacuerdo, encuentra la sala que mutatis mutandi, cuando se establece la conducta punible en punto del elemento objetivo para acceder a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, también debe tenerse en cuenta tales variantes de los extremos punitivos (...)”*

Agregó que la circunstancia modificadora que por vía de preacuerdo se pactó con la Fiscalía, no viola garantías constitucionales ni legales y no se aparta del principio de legalidad, lo cual obligaba al Juez Primero Penal del Circuito a valorar los otros requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria.

Aunado a lo anterior, manifiesta que el Juez Primero Penal del Circuito de Tumaco, no siguió el orden procesal establecido por el legislador en los eventos de aceptación de cargos, sino que *contrario sensu*, comenzó con el interrogatorio al imputado con relación a los términos del preacuerdo, luego corrió traslado a las partes para sustentación del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal y dio lectura del fallo incluyendo la aprobación del preacuerdo, todo en una misma decisión, causando con ello trastorno a los intereses del procesado. Lo anterior por cuanto si se atiende al mentado proceso, el Juez en realidad debió escindir los dos actos aún en la misma audiencia. Es decir, primero aprobar el preacuerdo, y luego correr traslado a las partes para la argumentación de aspectos familiares, sociales del preacuerdo, sin embargo el Juez se sustrajo de analizar esos elementos en perjuicio del procesado y en efecto no aplicó las normas favorables para conceder la prisión domiciliaria.

Por lo anterior, solicita el recurrente a esta entidad Tribunalicia revocar la decisión del Juez Primero Penal del Circuito de Tumaco, sólo en lo relacionado con la NO concesión del beneficio de prisión domiciliaria.

## **MINISTERIO PÚBLICO**

La Doctora MABEL SARMIENTO RAMÍREZ, en su calidad de Procuradora 401 Judicial I, indica que el Juez de primera instancia, yerra en la interpretación del literal primero del artículo 38B del Código Penal, cuando vía preacuerdo se acude a un amplificador del tipo penal para reducir los límites punitivos del mismo.

Esto por cuanto de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, dado el poder vinculante que una vez aceptados por el Juez de conocimiento ostentan los preacuerdos, se debe tener en cuenta “*la tipificación sugerida a raíz del preacuerdo*” para establecer, en cada caso concreto, si procede o no la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, para lo cual se debe tener en cuenta no los límites definidos en el tipo penal imputado, sino en la tipicidad pre acordada, de tal manera que, si como ocurre en el presente asunto, para aminorar la pena se acudió al artículo 57 del Código Penal, la sanción que debe tenerse en cuenta no corresponde a prisión de 208 a 450 meses sino a la de 34 a 225 meses<sup>2</sup>.

## PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

1. *¿Tiene incidencia en la determinación del requisito objetivo, consagrado en el artículo 38 numeral 1 del Código Penal, el reconocimiento de la causal amplificadora del tipo penal denominada “estado de ira e intenso dolor”, establecida en el artículo 57 del C.P., la cual fue reconocida como único beneficio en el acto de negociación (preacuerdo) suscrito entre el ente investigador, el procesado y su equipo de defensa?*
2. *¿Tiene derecho el señor CPG al otorgamiento del sustituto de Prisión Domiciliaria, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 38 del Código Penal para tal efecto?*

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las argumentaciones jurídicas fundamentales planteadas por el doctor FERNANDO CABEZAS LANDAZURI, como apoderado de la Defensa,

---

<sup>2</sup> Para respaldar lo mencionado cito la Sentencia SP 16907-2016 , radicado No 46689 del 23 de noviembre del 2016 y adicionalmente el radicado 43356 del 3 febrero del 2016, ambas de la Corte Suprema de Justicia , Sala Penal.

apuntan a la posibilidad de que a su defendido se le pueda conceder la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de prisión intramural, puesto que mediante preacuerdo se le reconoció la circunstancia modificadora de límites punitivos conocida como “*estado de ira e intenso dolor*”, de suerte que, según el apelante, su cliente cumple con todos los requisitos exigidos por el artículo 38B del Código Penal para su concesión. Ante dicho argumento, el Juez de Primera Instancia aseveró que no se halla verificada la exigencia de tipo objetivo contenida en las normas citadas, pues el delito de homicidio simple, establecido en el artículo 103 del Código Penal, consagra una pena mínima de 208 meses, que es superior a los 8 años de prisión exigidos por la norma; además, frente a la solicitud de la defensa de tener en cuenta la circunstancia que degrada el monto reconocida por vía de preacuerdo, arguyó que tal circunstancia configuraba una ficción legal dirigida a atenuar la pena y no respondía a la real ocurrencia de los hechos que rodearon el delito cometido.

Debe indicarse preliminarmente que es el art 38B del Código Penal (ley 599 de 2000), modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 del 2014 el que establece los requisitos para la procedencia del sustituto de prisión domiciliaria, en primer lugar, exige un requisito objetivo, puesto que la prisión domiciliaria procede cuando la conducta punible por la cual se impone sentencia tenga una pena mínima prevista en la ley que sea igual o menor a ocho (8) años de prisión; en segundo lugar, que se trate de un delito que no esté incluido en el inciso segundo del artículo 68A del Código Penal; en tercer lugar, que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; finalmente, que se garantice mediante caución el cumplimiento de algunas obligaciones.

La Sala se permite recordar que estos requisitos son de estirpe legal y de obligatorio cumplimiento, en la órbita de determinar los eventos de su procedencia, y no pueden ser soslayados subjetivamente por el Juez, pues la prisión domiciliaria es un derecho sometido a condición. De esta manera los requisitos deben acreditarse concurrentemente, al igual que no hay lugar a aplicar los apartados más benéficos de cada ley, sino los institutos en su integralidad, porque está prohibida la aplicación de la llamada “*Lex Tertia*”.

Para lo pertinente al caso sometido a examen, debe recordarse que en la labor de verificación del mínimo punitivo al que hace referencia el requisito objetivo, hay que tener en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo, como son la tentativa, la complicidad, la calidad de interviniente en delitos de sujeto activo calificado, al igual que aquellas circunstancias genéricas y específicas que agraven o atenúen la punibilidad, y que tengan la virtualidad de modificar los límites punitivos, como el estado de ira e intenso dolor, las circunstancias de pobreza o marginalidad, etcétera, según lo estableció la corporación de cierre penal en memorable fallo, del cual se extracta lo siguiente:

*“Para la Sala, el Tribunal yerra en la comprensión del citado precepto, como quiera que para tal efecto por “**conducta punible**” ha de entenderse aquella que ha sido realizada en específicas circunstancias y se encuentra recogida no sólo en el tipo básico sino también en los dispositivos amplificadores de éste que lo dotan de sentido y delimitan el ámbito de punibilidad”<sup>3</sup>.*

Ahora bien, como ya se dijo en precedencia, la Defensa del condenado CPG solicita se incluya dentro del proceso de fijación de

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de septiembre de 2004. Radicado 19.948 M.P. Mauro Solarte Portilla. En el mismo sentido sentencia del 11 de febrero de 2004. Radicado 20.945. M.P. Marina Pulido de Barón en la que se señaló: “...las referidas circunstancias de agravación hacen parte integral de la imputación al complementar el tipo objetivo, y en esa medida resulta imprescindible valorarlas al momento de establecer el límite punitivo establecido por el legislador para acceder a la prisión domiciliaria”.

límites punitivos para acceder a la Prisión Domiciliaria la diminuyente del “*Estado de Ira e Intenso Dolor*”, establecida en el artículo 57 del Código Penal, a pesar de que le fue reconocida mediante preacuerdo, surgiendo el debate jurídico con el Juzgador de Primer Grado, quien aduce que ello no es posible porque esa circunstancia no operó ontológicamente o no respondió a la conducta realmente perpetrada, motivo por el cual no puede tenerse en cuenta.

Para la solución del caso, con la corrección jurídica que amerita, parte la Sala de recordar que con la adopción por el legislador Colombiano del instituto de “preacuerdos y negociaciones” se ha ocasionado una insondable metamorfosis en el ordenamiento jurídico penal, en punto al ejercicio de la ACCION PENAL por parte de la Fiscalía, a quien por sus facultades exclusivas y excluyentes se le han otorgado amplias posibilidades de transacción con la Defensa, *“...la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir sobre los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado”*<sup>4</sup>.

Numerosos precedentes jurisprudenciales enfatizan de que –en caso de preacuerdos- el Juez no puede realizar controles materiales sobre la acusación, porque desnaturaliza el sistema penal de características acusatorias, basado en la separación de funciones que debe haber entre acusación, defensa y juzgamiento. En esa medida, *“...la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde*

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 20 de noviembre de 2013. Radicado 41570. MP. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el Juez, las partes ni los intervinientes...”<sup>5</sup>. De la misma manera ha dicho: “...En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el Juez en un modelo acusatorio”<sup>6</sup>. Así las cosas, resulta claro que el Juez de conocimiento no puede explícita ni soterradamente entrometerse con la acusación formulada por la Fiscalía o con la pactada por el ente acusador con la defensa, porque se desnaturalizaría su rol de fallador imparcial.

### **Análisis del caso en concreto:**

El asunto sometido a examen está llamado a finiquitarse por la vía consensuada del preacuerdo, y con suma claridad aparece en el acta respectiva -y lo ratificaron las partes durante la audiencia de verificación del pacto- que la imputación originaria de autoría material en el delito de Homicidio Doloso (artículo 103 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004), la mantenían, pero la Fiscalía tipificaba la conducta dentro de su alegación conclusiva como HOMICIDIO DOLOSO COMETIDO EN ESTADO DE IRA, conforme lo preceptuado en el artículo 57 del Código Penal. También determinaron la pena para el delito principal (homicidio) en setenta (70) meses de prisión.

Como absolutamente nada se indicó con relación a la concesión de subrogados o sustitutos, entonces el asunto quedó sometido al estudio jurídico del Juez de conocimiento.

La Sala encuentra que en este caso la calificación jurídica circunstanciada del asunto no es diferente a la que aparece en el

---

<sup>5</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de febrero de 2013. Radicado 39892.

<sup>6</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 14 de agosto de 2013. Radicado 41375.

acuerdo de voluntades al que llegaron la Fiscalía y la Defensa, esto es la autoría dolosa en homicidio en estado de ira, aspecto sobre el cual no le es dable a la judicatura oponerse en todo o en parte, porque le está vedado realizar controles materiales a esos actos de parte.

En esta dimensión, al hacer parte del marco jurídico de la acusación final de la Fiscalía la circunstancia de la “ira e intenso dolor”, no le resulta posible al Juez soslayarla en su proceso de determinación judicial de la pena, ni en los demás eventos en los que normativamente tenga incidencia aquella disminución punitiva, como sería el caso del estudio del sustituto de la prisión domiciliaria, porque para la determinación del factor objetivo que ella entraña deben tenerse en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo, según lo explicamos en precedencia.

La Sala estima que para nada importa si dicho “Estado de Ira” resulta ser un derecho por su ocurrencia naturalística o si es producto de una ficción normativa por efecto del preacuerdo o de la negociación entre las partes, porque –dígase lo que se diga- ésta circunstancia genérica de atenuación hace parte de la alegación conclusiva de la Fiscalía y orienta la congruencia fáctica y normativa que debe existir entre la acusación y la sentencia, de suerte que debe ser reconocida en todos los ámbitos en los que sea menester su estudio.

Varios precedentes de la Alta Corporación de Justicia Penal han tocado éste tema, los cuales por su evidente analogía fáctica con el caso objeto de decisión, resultan aplicables para preservar el principio de “igualdad”; entre ellos destacamos los siguientes:

1. El primero es un fallo de tutela proferido el 16 de abril de 2015 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

dentro del radicado 79.041 y con ponencia del HM. EYDER PATIÑO CABRERA; se trata de un evento en el que a un ciudadano sorprendido portando arma de fuego de defensa personal – sin salvoconducto- se le imputa autoría en el punible del artículo 365 del Código Penal, la cual inicialmente no acepta, pero posteriormente preacuerda con la Fiscalía que se degrade su conducta de autor a cómplice; pactan la pena a imponer en 54 meses de prisión y la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria, a cambio de aceptar su responsabilidad. El Juez 1º Penal del Circuito de conocimiento de Tuluá (Valle) declaró la ilegalidad del preacuerdo y el Tribunal Superior de Buga en Sala Penal -que conoció el caso por vía de apelación- confirmó la decisión.

El asunto fue tutelado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en el fallo citado se indica que es viable el acuerdo de voluntades para degradar el grado de participación, se indica que el Juez no puede inmiscuirse en ese apartado del preacuerdo, y en punto de la rebaja de pena que incide en el estudio de uno de los requisitos para la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria dijo: *“ A diferencia de lo estimado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, el preacuerdo presentado por la Fiscalía no desborda el principio de legalidad frente a la concesión del subrogado de la prisión domiciliaria, ya que para su reconocimiento hay que tener en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo, en este caso la complicidad, figura jurídica que permite reducir a la mitad el mínimo de la pena a imponer por el delito por el cual es procesado al accionante, luego entonces, si habría lugar a reconocer el subrogado”*.

En este fallo se amparó el derecho fundamental al debido proceso del ciudadano actor, el que –según la Corte- se había conculcado por los funcionarios judiciales cuando desatendieron

las limitaciones para el control en los preacuerdos, lesionando la garantía procesal de imparcialidad.

2. El segundo caso, con características similares, es el del auto del 20 de noviembre de 2013, dentro del radicado de segunda instancia 41570, en el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con Ponencia del HM. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, revisó un auto de improbación de un preacuerdo emitido por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá.

Un sujeto acusado como autor del delito de CONCUSION preacordó con la Fiscalía su responsabilidad, a cambio que se degradara la calidad en la que actuó de autor a cómplice, pactando la pena principal en 48 meses de prisión y el sustituto de la prisión domiciliaria, al cual solo podría acceder en virtud de la rebaja punitiva. El Tribunal consideró que había una acumulación indebida de beneficios, lo cual impedía aprobar la negociación, pero el alto tribunal de justicia ratificó la posibilidad de preacordar la forma de participación, y sobre el sustituto punitivo dijo: *“De esta forma, igualmente no se acredita fundadamente la vulneración de la garantía constitucional de legalidad, aducida por el tribunal, en orden a cuestionar la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, en tanto al imponerse una condena privativa de la libertad de 48 meses en el sub examine, se cumpliría el requisito objetivo establecido en el artículo 38 del C.P.”*

3. Para esta Sala casos de decisión como el de marras no resultan novedosos, así entonces, otro asunto con características similares, es la sentencia del 22 de septiembre de 2015, emitida dentro del radicado de segunda instancia 9787, en el cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, con Ponencia del suscrito, revisó la sentencia de improbación de un preacuerdo

emitido por la Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad.

Un sujeto acusado como autor del concurso de delitos de HOMICIDIO y FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO preacordó con la Fiscalía su responsabilidad, a cambio que se le reconociera – como único beneficio- la circunstancia de menor punibilidad conocida como “estado de ira e intenso dolor”, pactando la pena principal en sesenta y tres (63) meses de prisión.

El Tribunal consideró que “para nada importa si dicho “Estado de Ira” resulta ser un derecho por su ocurrencia naturalística o si es producto de una ficción normativa por efecto del preacuerdo o de la negociación entre las partes, porque –dígase lo que se diga- ésta circunstancia genérica de atenuación hace parte de la alegación conclusiva de la Fiscalía y orienta la congruencia fáctica y normativa que debe existir entre la acusación y la sentencia”<sup>7</sup> y en efecto resolvió modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 1 de junio de 2015 por el Juzgado tercero Penal del Circuito de Pasto, y en su lugar concedió el sustituto de la prisión domiciliaria.

Es fácil advertir en estos eventos que la habilitación del requisito objetivo para conceder la prisión domiciliaria operó al pre acordarse la degradación de la responsabilidad de autor a cómplice, a pesar de que los fácticos establecían una forma de participación diferente; también porque se reconocieron circunstancias de atenuación, por vía de negociación, en todos se llama la atención de los juzgadores por el respeto de la acusación presentada por la Fiscalía, aun cuando sea producto de un pacto o una negociación.

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Pasto – Sala Penal DEL 22 DE SEPTIEMBRE DEL 2015. M.P. Silvio Castrillon Paz.

Aplicando las reglas anteriores al caso sometido a examen, tenemos que si la tipificación realizada de la conducta atribuida a CPG, por parte de la Fiscalía, concluyó en la aceptación de responsabilidad de éste como autor material de HOMICIDIO DOLOSO cometido en ESTADO DE IRA, por los hechos ocurridos el 10 de septiembre de 2016, entonces deben conjugarse las siguientes normas:

Para la dosificación del delito mayor o más grave, que es el de Homicidio Simple, tenemos que se encuentra consagrado en el artículo 103 penal originario y conmina penas de prisión entre 13 y 25 años de prisión, montos que trasladados a meses reportan un mínimo de 156 y un máximo de 300 meses de prisión. Con los aumentos previstos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, se obtienen los siguientes resultados:

<b>NORMA</b>	<b>MODIFICACION PUNITIVA</b>	<b>MINIMO LEGAL PRISION</b>	<b>MAXIMO LEGAL PRISION</b>
Art 103 CP.		156 meses de prisión	300 meses de prisión
Ley 890 del 2004 Art 14	Aumenta hasta 1/3 a 1/2	$156/3=52$ $156+52=208$ MESES PRISION	$300/2=150$ $300+150=450$ MESES PRISION

Ahora bien, como quiera que en virtud del preacuerdo al que llegaron la Fiscalía y la Defensa se le concedió como beneficio punitivo al acusado, por su aceptación de responsabilidad, la aplicación de la circunstancia del ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR, que trata el artículo 57 del Código Penal, según el cual la pena no puede ser menor de la sexta parte del mínimo ni mayor a la mitad del máximo, entonces se obtienen los siguientes resultados:

<b>NORMA</b>	<b>MINIMO LEGAL PRISION</b>	<b>MAXIMO LEGAL PRISION</b>
Art 103 del C.P. y aumento de la Ley 890 del 2004, Art 14	208 MESES DE PRISIÓN	450 MESES DE PRISIÓN
Estado de Ira e Intenso Dolor, artículo 57 del C.P.	$208/6=34.666$ 34 MESES y 20 DIAS DE PRISIÓN	$450/2=225$ MESES DE PRISIÓN

Como quiera que el mínimo previsto legalmente está por debajo de los ocho (8) años de prisión, resulta claro que se presenta en favor del condenado CPG el primer requisito del artículo 38B del Código Penal (Modificado por la ley 1709 de 2014).

Con relación al segundo requerimiento normativo, que es el de la demostración del arraigo familiar y social del acriminado, se tiene el formato de individualización de arraigo de policía judicial, que milita a folio 73 de la actuación, donde consta que el lugar de residencia del condenado es el Resguardo "NUMPE EMBAPI" ubicado en el municipio de Llorente, área rural del departamento de Nariño.

Considera la Sala que al cumplirse los dos requerimientos sustanciales para la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, y no encontrándose el delito que se le atribuye dentro de la lista de conductas penales respecto de las cuales se prohíben o se excluyen este tipo de beneficios, según el artículo 68A del Código Penal, fuerza concluir en la necesidad de concederle aquel derecho.

Eso sí, para gozar del beneficio deberá prestar caución prendaria por un valor de un (1) SMLMV y suscribir diligencia de compromiso con las obligaciones que trata el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1704 de 2014, esto es:

- a) No cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial;
- b) Reparar los daños ocasionados con el delito, dentro del término fije el juez al finalizar el incidente de reparación integral, o garantizar su pago mediante garantías, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que lo requiera para la vigilancia del cumplimiento de la pena;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de la vigilancia del cumplimiento de su reclusión y cumplir con las condiciones de seguridad que sean necesarias de implementar por el INPEC.

Con relación al control sobre esta medida sustitutiva de prisión domiciliaria, será ejercido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tumaco, con el apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, quien implementará los mecanismos que considere pertinentes para el ejercicio de su labor.

Para todos los efectos se fija como lugar de reclusión y residencia del señor CPG el resguardo NULPE EMBAPI de la ciudad de Tumaco-Nariño, a donde será remitido o ubicado por el INPEC una vez se cumplan el pago de la caución y la suscripción de la diligencia de compromiso.

Consecuencia de lo anterior es disponer en la parte resolutive de la providencia la revocatoria parcial del numeral cuarto de la sentencia proferida el 23 de abril del 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco, en el sentido de conceder el sustituto de la

prisión domiciliaria al señor CPG en los términos previamente anotados.

Sin otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 23 de abril de 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco, en contra del señor CPG, en el sentido de CONCEDERLE EL SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA, al cumplir los requisitos del artículo 38B del Código Penal, modificado por el artículo 23 de la Ley 1409 de 2014.

**SEGUNDO:** Para entrar a disfrutar del sustituto domiciliario el señor CPG deberá prestar caución prendaria por valor de un (1) SMLMV en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado de conocimiento, y suscribir diligencia compromisoria con las obligaciones establecidas en el numeral 4 del artículo 38B citado.

**TERCERO:** Surtido lo anterior, se libraré orden al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC para que traslade al señor CPG del lugar donde se encuentra recluso a su residencia ubicada en el resguardo NULPE EMBAPI de la ciudad de Tumaco-Nariño.

**CUARTO:** Ofíciase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- de la ciudad de Tumaco (N) informándole que a su cargo queda el control de la medida de prisión domiciliaria sustituida al

señor CPG, para lo cual implementará los mecanismos legales que considere pertinentes para dicho fin.

**QUINTO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

**CÚMPLASE**

**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**  
Magistrado

**FRANCO SOLARTE PORTILLA**  
Magistrado

**HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN**  
Magistrado

**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**  
Secretario