



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

Relatoría

SUSTITUTOS PENALES/ ...” La suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional como sustitutos de la pena privativa de la libertad se caracterizan por ser medidas alternativas al cumplimiento intramural de la condena a diferencia de la prisión domiciliaria que es la restricción física de libertad en la residencia del sentenciado...”

SUBROGADOS PENALES / PREACUERDOS/...”La negociación de subrogados penales en los preacuerdos, que es un aspecto accesorio a la tipificación del delito formulado para reducir las consecuencias punitivas, es procedente para otorgarlos más no para negarlos. Pretender que el enjuiciado renuncié a subrogados y sustitutos penales, que son medidas menos restrictivas de la libertad que la prisión penitenciaria a cambio de aminorar las condiciones de su condena, afecta sus garantías fundamentales y desconoce las finalidades de los preacuerdos, entre otras, el de la humanización de la actuación procesal y de la pena (art. 348 del C. de P.P) y no resulta proporcional porque la fiscalía a cambio de la aceptación de responsabilidad de manera anticipada, logra obtener una sentencia condenatoria sin degastar a la administración de justicia, de manera que esa clase de acuerdos son ineficaces y en consecuencia no vinculantes (art. 351, inciso 4 del C.P.P)...” ...” En materia de preacuerdos la pena que debe tenerse en cuenta para analizar la concesión de la prisión domiciliaria es la de la conducta punible pactada en las negociaciones y no la formulada en la audiencia de imputación o acusación...”

SENTENCIA 077

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2018-0292-01
Procesado: Julio Amadeo Camacho y
Óscar Ismael Valero Camacho
Delito: Tentativa de Homicidio
agravado y otros

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 078 de julio 5 de 2019, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, julio 15 de 2019. Hora: 9:30 a.m.

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación oportunamente sustentado por el apoderado de la víctima Edgar Mauricio Osorio Pinto contra la sentencia anticipada del 6 de marzo de 2018 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Chiquinquirá por el delito de tentativa de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, originada en el preacuerdo realizado entre fiscalía y los procesados.

HECHOS

Del acta de preacuerdo se desprende que el 7 de noviembre de 2015 Edgar Mauricio Osorio Pinto se encontraba en el establecimiento "*la válvula*" en la vereda Camilo, jurisdicción de Otanche, donde hizo presencia Oscar Ismael Valero Camacho insistiendo en la ingesta de bebidas alcohólicas y para que hablaran. Cuando Edgar Mauricio Osorio Pinto salió del establecimiento, Oscar Ismael Valero Camacho le propinó 5 disparos con arma de fuego en el costado izquierdo de la cintura y Julio Amadeo Camacho 6 disparos más en la espalda, por la supuesta participación de la víctima en la muerte de Flover, hermano de los victimarios.

ANTECEDENTES PROCESALES

A Julio Amadeo Camacho el 9 de mayo de 2016 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Saboyá con Función de Control de Garantías se le realizó audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Se le imputó el delito de tentativa de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, cargos que no aceptó. Se le impuso medida de aseguramiento restrictiva de la libertad en el lugar de residencia.

También el 11 de mayo de 2016 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Mitú con Función de Control de Garantías se formuló imputación a Oscar Ismael Valero Camacho por los delitos de tentativa de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, cargos a los que no se allanó.

El 29 de junio de 2016 se radicó escrito de acusación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá y el 28 de junio de 2017 los imputados y

la fiscalía suscribieron preacuerdo consistente en la aceptación de los cargos indilgados a cambio de reconocer que su actuar obedeció a la circunstancia de ira e intenso dolor, fijando pena de 80 meses de prisión.

El 2 de octubre de 2017 se realizó audiencia de verificación del preacuerdo e individualización de pena y sentencia, conforme al art. 447 del C.P.P., emitiéndose sentencia condenatoria del 6 de marzo de 2018, providencia recurrida y sustentada por escrito por el apoderado de víctimas.

Julio Amadeo Camacho descuenta pena privativa de la libertad desde el 8 de mayo de 2013 y Óscar Ismael Valero Camacho desde el 13 del mismo mes y año (Fls. 15 al 16).

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS PROCESADOS

Julio Amadeo Camacho se identifica con C.C. 4.200.779 de Otanche, Boyacá, hijo de Luis Alfredo Cortés y María del Carmen Camacho; nació el 5 de julio de 1963, de 55 años, soltero, constructor, cursó segundo de primaria y reside en Chiquinquirá Boyacá.

Oscar Ismael Valero Camacho se identifica con C.C 9.498.943 de Otanche, Boyacá, hijo de Leónidas Valero y María del Carmen Camacho; nació el 4 de octubre de 1982, de 35 años, en unión libre, agricultor, cursó segundo de primaria y reside en Mitú, Vaupés.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE LA IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada.

La Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Chiquinquirá condenó a Julio Amadeo Camacho y Oscar Ismael Valero Camacho a 80 meses de prisión como estaba pactado en el preacuerdo, concedió la prisión domiciliaria de que trata el art. 38 del C.P.; impuso la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo; la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un lapso de 30 meses y fijó la caución prendaria en 2 S.M.L.M.V para cada uno de los condenados, al encontrarlos responsables del delito de tentativa de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Además negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Señaló que la antijuridicidad de la conducta punible atribuida a los acusados se configuró cuando atentaron contra los bienes jurídicos de la vida e integridad personal y la seguridad pública; al tener comprensión, conocimiento y autodeterminación de su actuar; no padecer de trastornos mentales, inmadurez psicológica o distanciamiento del entorno social; con plenas capacidades mentales y volitivas haciéndolos imputables ante la ley. Por lo anterior y con base en los elementos materiales probatorios dio por satisfechos los requisitos del artículo 381 del C.P.P.

Para individualizar la pena, partió del numeral 7° del artículo 104 del C.P., aplicó el artículo 27 y 57 del mismo código y fijó los extremos punitivos de

33.3 a 225 meses de prisión por el delito de homicidio tentado y agravado. Encontró ajustado a derecho los 80 meses de privación de libertad pactados; 75 por la tentativa de homicidio agravado y 5 por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. También los inhabilitó para el ejercicio de sus derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión.

Para la pena accesoria de prohibición de tenencia y porte de armas aplicó los artículos 59, 60 y 61 del C.P. Indicó que los límites punibles partían del mínimo de 12 meses hasta el máximo de 180; aplicó el artículo 57 del C.P obteniendo extremos entre 2 y 90 meses y por carencia de antecedentes y por la no concurrencia de circunstancias de mayor punibilidad seleccionó el primer cuarto comprendido entre 2 a 44 meses, fijando en 30 meses la prohibición.

La juez a quo la concedió la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la prisión solicitada por la defensa a pesar que el apoderado de víctimas se opuso porque en su sentir el preacuerdo contempló la imposibilidad de conceder subrogados penales¹ y porque no estaban acreditados los requisitos del artículo 38 B.

En relación con el requisito objetivo establecido en el numeral 1º del art. 38B del C.P. el juzgador señaló:

"La pena mínima imponible para el delito de Homicidio Agravado en modalidad de tentativa, cometido en circunstancias de ira e intenso dolor, oscila de 33,3 a 225 meses de prisión, igual situación se predica para el porte ilegal de armas cuya pena en abstracto es de 9 a 12 años de prisión, que

¹ Audiencia de verificación de preacuerdo del 2 de octubre de 2017. Record: 1:39:37

reconociendo las circunstancias contenidas en el artículo 57 del C.P., dejan la pena a imponer de 1,5 a 4,5 años, siendo los mínimos ya referidos la pena base para estudiar la concesión de la prisión domiciliaria en este caso, montos inferiores a los 8 años establecidos en el numeral 1º del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 como límite para la procedencia de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38B del C.P.

Respecto a la demostración del arraigo, encontró que Oscar Ismael Valero Camacho ha permanecido en detención domiciliaria en la calle 17 N°3-40 del barrio las Brisas de Mitú, Vaupés y Julio Amadeo Camacho en la carrera 3ª N°13-23, Barrio Surinema, de Chiquinquirá.

Finalmente otorgó la prisión domiciliaria, fijó caución prendaria de 2 S.M.L.M.V para cada uno de los condenados, previa suscripción de diligencia de compromiso con las obligaciones consagradas en los literales a, b, c y d del numeral 4º del artículo 38 B del C.P. y aclaró que el tiempo de privación de la libertad en detención domiciliaria se descontaría a la pena impuesta.

2.- Del motivo de impugnación.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de víctimas impugnó por escrito la decisión argumentando que la Juez de primera instancia al dosificar la pena otorgó a los acusados la prisión domiciliaria pese a que estaban en detención domiciliaria, ignorando el interlocutorio AP-3354 de 2015 donde el magistrado Gustavo Enrique Malo indicó que *“la detención domiciliaria no conlleva el otorgamiento de la prisión domiciliaria”*.

Considera que la Juez al emitir sentencia no contempló el inciso 5º del artículo 61 que preceptúa que *“El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o*

negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.” y que por el resultado dosimétrico y el beneficio de prisión domiciliaria, existen inconsistencias que al momento de revisar y redosificar extinguirían dicho beneficio.

Finalmente manifestó que los 2 S.M.L.M.V impuestos a los sentenciados como monto de la caución no son acordes con la magnitud del ataque a la víctima y sus secuelas, debiéndose imponer al menos 4 S.M.L.M.V amén de no haberse demostrado insolvencia económica.

Solicita se revoque la prisión domiciliaria otorgada para que la pena se cumpla en establecimiento carcelario o que en su defecto se implementen dispositivos de vigilancia electrónica. De no ser posible se adopten visitas periódicas por parte del INPEC y se modifique el monto de la caución.

3.- Alegatos de los no recurrentes.

Corrido el traslado respectivo no se presentaron.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

Para desatar un recurso de apelación deben concurrir los presupuestos de procedencia, oportunidad, sustentación e interés.

En todos los eventos en que se interponga el recurso de apelación contra decisiones proferidas por los Jueces, deberá sustentarse por la parte interesada y legitimada dentro del término establecido, exponiendo de manera clara y concreta las razones de inconformidad contra la misma, para que, de ser viable el recurso, sea concedido ante el superior funcional y este adquiera competencia para desatarlo.

En tratándose de las víctimas en el proceso penal, con la llegada del acto legislativo 3 del 2002 que modificó el artículo 250 Constitucional, se estableció el deber estatal de rodear de garantías a las víctimas de los comportamientos punibles, adoptando medidas para garantizar su protección, trato digno, derecho a ser oídas y asistidas por un abogado en defensa de sus derechos. Por tanto, compete a la Fiscalía General de la Nación solicitar al juez control de garantías la adopción de medidas que aseguren la protección a las víctimas y solicitar al juez de conocimiento se adopten las decisiones judiciales necesarias para su asistencia, establecer la verdad, que se haga justicia, se restablezcan sus derechos y se repare integralmente a los afectados con el delito.

Los derechos de las víctimas se establecieron en la Ley 906 del 2004 y se han venido desarrollando en múltiples sentencias de constitucionalidad por el organismo de cierre de dicha jurisdicción². Sentencia C- 228 del 2002, C-473 de 2016, C-031 del 2018.

La facultad para interponer recursos ordinarios y extraordinarios dentro de la actuación penal que le asiste a la víctima como interviniente jurisprudencial está cimentada en el derecho a la justicia y el ejercicio de la contradicción³, como ha sido reconocido jurisprudencialmente.

² Sentencia Corte Constitucional C-163 DE 2000, C-4547 de 2006, C-516 DE 2007, C-473 de 2016, C-031 del 2018, entre otras.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. AP 5345-2018, rad. 51633 del 5 de diciembre de 2018, donde señaló el órgano de cierre: "*Lo ideal, por supuesto, es que en la pretensión de realizar los principios de verdad, justicia y reparación, actúen mancomunadamente, aunando esfuerzos y conciliando intereses, y que las diferencias que puedan existir se resuelvan en favor de una pretensión unificada, pero en caso de existir posturas incompatibles o desacuerdos irreconciliables, que no se descartan, como ya lo ha reconocido la Corte en otras oportunidades, lo razonable es que la representación de las víctimas respete las directrices trazadas por el ente acusador, y ejerza el derecho de contradicción a través de las alegaciones finales y la interposición de los recursos correspondientes*"

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento reciente señaló⁴:

En el presente evento, para la Corte es claro que la legitimación de la Contraloría General de la República para intervenir en el proceso penal en orden a garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación del daño causado con la ilicitud, se ofrece ajena a toda discusión atendiendo las previsiones de los artículos 11 y 132 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007, y ello precisamente es lo que la autoriza para discutir el monto de la rebaja de la pena fijada por el juzgador, pues si bien la individualización de la conducta llevada a cabo se mantuvo dentro del ámbito de discrecionalidad otorgado por el legislador sin que respecto de ella se manifieste transgresión alguna al principio de legalidad, al observarse que los acusados no evidenciaron ninguna intención de reparar los perjuicios ocasionados a los erarios Distrital y Nacional con el crimen cometido, sino que se escudaron en el pago de la póliza de seguros adquirida para garantizar el adecuado uso de los dineros oficiales recibidos como anticipo de la contratación, automáticamente la facultaba para acudir a los instrumentos ordinarios y extraordinarios de impugnación previstos por el ordenamiento en orden a reclamar la imposición de una pena acorde con la actitud procesal asumida por los acusados frente al daño causado a las víctimas con el crimen cometido, como en tal

⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. SP14496-2017 del 27 de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

sentido ha sido declarado por la Corte (cfr. CSJ SP abr. 27 de 2011, rad. 35947, en postura reiterada en la SP 16558-2015, Rad. 44840⁵).

Bajo los lineamientos anteriores, la Sala adquiere competencia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la representación de la víctimas en audiencia de lectura de fallo de primera instancia, sustentado legamente dentro del término previsto en el art. 179 del C. de P.P, por concurrir los presupuestos de procedencia, oportunidad, sustentación e interés para recurrir, de acuerdo al art. 204 del C. de P.P.

Como quiera que el apoderado de víctimas centró su motivo de inconformidad en el otorgamiento de la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la prisión debido a que en el preacuerdo celebrado por la fiscalía y el procesado acordaron no conceder subrogados penales, la Sala se ocupará de analizar este aspecto.

En el caso en concreto la Fiscalía formuló imputación a Julián Amadeo Camacho y Oscar Ismael Valero Camacho por el delito de tentativa de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en calidad de autor, de conformidad con lo previsto en los artículos 27, 103, 104 –num. 7- y 365 del C.P.

Radicado el escrito de acusación y realizada la audiencia de formulación de acusación el 16 de septiembre de 2016⁶ la fiscalía presentó acta preacuerdo

⁵ El alto Tribunal señaló que la facultad de impugnar lo relacionado con la individualización de la pena no es una potestad exclusiva de la Defensa, *pues también dimana para la Fiscalía, en virtud del rol que desempeña; del Ministerio Público, si lo que persigue es la defensa del orden jurídico o la preservación de las garantías fundamentales, y de las víctimas, como acertadamente lo acota la Procuradora Delegada, por estar de por medio su derecho de acceso a la justicia*”.

⁶ Fl. 74

de 28 de junio de 2016 suscrita por los acusados, sus defensores, la víctima y su apoderado y el fiscal a cargo del caso.⁷.

El preacuerdo se negoció en los siguientes términos:

1. Los acusados Julio Amadeo Camacho y Oscar Ismael Valero Camacho aceptaron consiente, libre y voluntariamente los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones como autores.
2. La Fiscalía reconoció que su actuar obedeció a la circunstancia de ira e intenso dolor, descrito en el art. 57 del C.P., que fija una pena no menor a la sexta parte del mínimo ni mayor a la mitad del máximo como beneficio por la aceptación voluntaria de cargos y colaboración con la administración de justicia.
3. Determinaron que la pena a imponer por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa oscilará entre 33,3 y 225 meses y la pena definitiva la acordaron en 80 meses: 75 meses por el delito de tentativa de homicidio agravado y 5 meses más por el concurso con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.
4. Finalmente acordaron que Julio Amadeo Camacho y Oscar Ismael Valero Camacho no serían beneficiarios de la suspensión de la ejecución de la pena porque no reúnen las exigencias del artículo 63 del código penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014.

⁷ Fls. 293 al 302

En audiencia de verificación de preacuerdo del 2 de octubre de 2017 ante el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Chiquinquirá la fiscalía realizó lectura en su integridad al acta de preacuerdo, incluido la negociación sobre la no concesión de la suspensión condicional de la pena⁸.

El apoderado de víctimas⁹ en su intervención solicitó a la juez no conceder ningún beneficio ni subrogado penal y la defensa pidió no atender a las apreciaciones esbozadas por el apoderado de las víctimas.

Acto seguido la juez¹⁰ sintetizó los hechos enunciados, indicó que por la aceptación de responsabilidad los procesados el único beneficio que obtuvieron fue el reconocimiento de la circunstancia contemplada en el artículo 57 del C.P correspondiente a actuar con ira e el intenso dolor.

Luego interrogó a los acusados sobre su consentimiento informado para la celebración del preacuerdo, entre otros cuestionamientos, preguntó: *“¿Conocían ustedes las consecuencias de este preacuerdo que quiere decir que ustedes van a ser acreedores a una pena de 80 meses de prisión y que no tendrán derecho a ningún subrogado del código penal?”*, contestando afirmativamente.

Revisados los elementos materiales de prueba, la juez aprobó el preacuerdo y advirtió¹¹ que la pena privativa de la libertad a imponer era de 80 meses

⁸ Record: 28:32

⁹ Record: 37:36

¹⁰ Record: 39:18

¹¹ Record:1:13:30

por los delitos de tentativa de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y afirmó que a los enjuiciados no tenían *"derecho a ningún subrogado penal de acuerdo con el artículo 63 del C.P."*.

Corrido el traslado del artículo 447 del C.P la defensa¹² solicitó la prisión domiciliaria para sus procesados y el apoderado de víctimas se opuso porque no se reunían los requisitos del artículo 38B¹³ y además se acordó la no concesión de subrogados penales.

El 6 de marzo de 2018 el a quo profirió sentencia condenatoria contra Julio Amadeo Camacho y Oscar Ismael Valero Camacho en calidad de autores por los punibles de tentativa de homicidio Agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y los condenó a la pena principal de 80 meses de prisión, como se indicó en el preacuerdo, pues consideró que *"no operaba el sistema de cuartos previsto en el artículo 60 del Código Penal"*, en razón a que dentro de las condiciones del preacuerdo se negoció la pena a imponer y finalmente concedió la prisión domiciliaria porque lo pactado fue la no concesión de la suspensión de la ejecución de la pena.

De lo expuesto se infiere:

1. El preacuerdo consistió en negociar el reconocimiento de la circunstancia de ira o intenso dolor consagrada en el artículo 57 del C.P a cambio de la aceptación de responsabilidad penal por los punibles de homicidio

¹² Record:1:20:11

¹³ Record:1:40:00

tentado y agravado en concurso con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2. La Fiscalía y la defensa desde la presentación del preacuerdo delimitaron las consecuencias punitivas y acordaron la pena definitiva de prisión en 80 meses por el concurso de delitos de tentativa de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.
3. La juez de primera instancia durante la audiencia de verificación de preacuerdo confundió los términos negociados en relación a los subrogados penales cuando preguntó a los procesados si eran conscientes que no tendrían derecho a ningún "*subrogado penal*", lo cual no era cierto, porque la suspensión condicional de la ejecución de la pena no es el único mecanismo sustitutivo de prisión consagrado en el código penal.

También son sustitutos penales la libertad condicional (art. 64), la reclusión hospitalaria u domiciliaria por enfermedad muy grave (art. 68) y la prisión domiciliaria en sus diferentes modalidades (art. 38 y Ley 750 de 2002), subrogados penales de naturaleza y finalidades distintas.

La suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional como sustitutos de la pena privativa de la libertad se caracterizan por ser medidas alternativas al cumplimiento intramural de la condena a diferencia de la prisión domiciliaria que es la restricción física de libertad en la residencia del sentenciado.

4. Los procesados negociaron las consecuencias punitivas en 80 meses de prisión o lo que es lo mismo 6 años y 8 meses, por lo cual no podían ser acreedores de la suspensión condicional de la ejecución de la pena porque el requisito objetivo dispuesto en el artículo 63 del C.P. exige que la pena privativa de la libertad no exceda a cuatro (4) años, como lo plasmaron en el preacuerdo las partes y en esos términos la juez y el apoderado de víctimas debieron referirse.

La negociación de subrogados penales en los preacuerdos, que es un aspecto accesorio a la tipificación del delito formulado para reducir las consecuencias punitivas, es procedente para otorgarlos más no para negarlos.

Pretender que el enjuiciado renuncié a subrogados y sustitutos penales, que son medidas menos restrictivas de la libertad que la prisión penitenciaria a cambio de aminorar las condiciones de su condena, afecta sus garantías fundamentales y desconoce las finalidades de los preacuerdos, entre otras, el de la humanización de la actuación procesal y de la pena (art. 348 del C. de P.P) y no resulta proporcional porque la fiscalía a cambio de la aceptación de responsabilidad de manera anticipada, logra obtener una sentencia condenatoria sin degastar a la administración de justicia, de manera que esa clase de acuerdos son ineficaces y en consecuencia no vinculantes (art. 351, inciso 4 del C.P.P).

Lo anterior no significa su reconocimiento por el simple acuerdo de voluntades. Es necesario que el requisito objetivo sea acreditado para que la fiscalía puede negociar sobre los presupuestos subjetivos pues de lo contrario desconocería el principio de legalidad. Tampoco procede el

otorgamiento de subrogados penales cuando media prohibición legal¹⁴, por ejemplo cuando el delito está excluido por razones de política criminal.

En el asunto que ocupa la atención de esta Sala la juez a quo no desacertó al conceder la prisión domiciliaria a los procesados porque los requisitos previstos en el artículo 38B del Código Penal están acreditados y no existe prohibición legal que impida su otorgamiento, contrario a lo alegado por el apoderado de víctimas.

En relación a la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la prisión que permite al condenado cumplir la pena en su lugar de residencia o morada, antes de la expedición de la Ley 1709 de 2014 que mediante el art. 22 modificó el art. 38 del Código Penal, en principio, el Juez de Conocimiento al proferir sentencia debía verificar los requisitos contemplados en el art. 38 para su otorgamiento, esto es (i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea 5 años de prisión o menos; (ii) que el desempeño personal, laboral o social del sentenciado permita al Juez decidir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena y (iii) que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones allí contenidas.

Con la expedición de la Ley 1709 de 2014 se incrementó el término objetivo para conceder la prisión domiciliaria; no se valora el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado para en su lugar adoptar el criterio de arraigo familiar y social del condenado; pero se excluye de este beneficio a quienes incurran en los delitos del art. 68A.

¹⁴ Cfr. AP 23 de noviembre de 2011, rad. 37.209.

"ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

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

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

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Para estudiar el requisito objetivo se analiza la conducta punible en conjunto con las circunstancias modificadoras del ámbito de movilidad punitivo, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo -tentativa¹⁵ y complicidad¹⁶ - las modalidades de comportamiento - como la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema¹⁷, la ira e intenso dolor y el exceso en las causales de justificación¹⁸ -, las circunstancias de mayor punibilidad previstas en el art. 58 del C.P así como las específicas de cada tipo penal en particular.

En materia de preacuerdos la pena que debe tenerse en cuenta para analizar la concesión de la prisión domiciliaria es la de la conducta punible pactada en las negociaciones y no la formulada en la audiencia de imputación o acusación.

En sentencia del 23 de noviembre de dos mil dieciséis (2016) con radicado 46684, la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia señaló:

¹⁵ Artículo 27 del C.P

¹⁶ Artículo 30 del C.P

¹⁷ Artículo 56 del C.P

¹⁸ Artículo 57 del C.P

"En efecto, según se indicó por la Sala en dicha determinación, de un lado, *'la aceptación de responsabilidad por parte del acusado por la vía... de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez'* y, de otra parte, *cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, «examinar la [procedencia de la] pena sustitutiva de prisión [domiciliaria por] la intramural] conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice», según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736".*

'Así las cosas, no cabe duda que la tipificación de la conducta plasmada en un preacuerdo válidamente celebrado, no solo vincula al juez al momento de dictar la sentencia, sino que al establecer la procedencia de la prisión domiciliaria en ese escenario, debe tener en cuenta la calificación fruto de aquella aceptación de culpabilidad consensuada".

En el asunto bajo estudio el delito de homicidio agravado¹⁹ fue imputado como tentado por lo que la pena mínima de 400 meses (art. 104 del C.P.)²⁰ disminuyó en la mitad es decir a 200 meses y con la circunstancia de ira e intenso dolor prevista en el artículo 57 del C.P. los 200 meses se redujeron a la sexta parte, es decir a 33,3 meses o lo que lo mismo 2 años, 9 meses y 9 días.

¹⁹ Por la circunstancia de agravación contenida en el numeral 7 del artículo 104 del C.P.

²⁰ Artículo 27 del C.P

El delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 365 del C.P. tiene una pena mínima de 9 años²¹ y con el reconocimiento de la circunstancia de ira e intenso dolor, en virtud del preacuerdo celebrado entre las partes, la sanción mínima para el caso en concreto es de 1,5 años, es decir 18 meses.

Se cumple entonces con la exigencia prevista en el numeral 1º del artículo 38B del C.P. pues ninguna de las dos conductas punibles atribuidas a Julián Amadeo Camacho y a Oscar Ismael Valero Camacho tiene una pena de prisión mínima superior a ocho años.

El artículo 38B del C.P. igualmente exige en concordancia con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 68A ibídem, que el delito por el cual procede la condena no este excluido.

Confrontadas las conductas punibles de tentativa de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones con el listado de delitos dispuesto en el artículo 68A se advierte que su otorgamiento no está prohibido legalmente.

En lo concerniente al arraigo familiar y social, requisito previsto en el numeral del artículo 38B, como fue expuesto en la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 Julio Amadeo Camacho es residente en Chiquinquirá (Boyacá) y Oscar Ismael Valero Camacho en Mitú (Vaupés), ambos viven con su respectivo núcleo familiar, el primero con su progenitora y el segundo con su compañera permanente Nelly Jesús Rodríguez.

²¹ Modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011

Respecto a los vínculos sociales los procesados son reconocidos por la comunidad. El Alcalde²² y la Inspectora de Policía de Otanche (Boyacá)²³ describen a Oscar Ismael Valero Camacho como una persona íntegra, trabajadora y ejemplar y María Emilce Valero, Yineth Marcela Buitrago, Ángel Bernal y Graciela Tarazona señalan que tanto Julián Amadeo Camacho como Oscar Ismael Valero Camacho son personas que se dedican al campo, que no tienen desavenencias y que siempre han brindado buen trato y participado en diferentes actividades de la comunidad.²⁴

Acreditado el arraigo familiar y social de Oscar Ismael Valero Camacho y Julián Amadeo Camacho es claro que los requisitos exigidos en el artículo 38B de código penal para la concesión de la prisión domiciliaria están satisfechos en su totalidad.

De otro lado el monto de la caución impuesta no desconoce en forma alguna las funciones que como sujeto interviniente en el proceso penal tiene la víctima y su representación atendiendo al establecimiento de la verdad del acontecer, de su justicia y de la reparación, por lo que pretender su incremento no deja de ser una simple retaliación carente de interés procesal.

En suma, con los argumentos ofrecidos por el apoderado, se advierte una posición vindicativa porque en nada se afectan sus intereses como sujeto interviniente si el penado cumple la sanción de manera intramural o en su residencia, ni mucho menos con el incremento de la caución impuesta para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas para disfrutar de dicho beneficio.

²² Fl. 344

²³ Fl. 328

²⁴ Fl. 343

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia recurrida, conforme lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ
Magistrado

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ
Secretario