



Bogotá, 20 de abril de 2021

Señores
Magistrados, Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
Ciudad

Ref: **Casación 58947**
Delito: **Violencia intrafamiliar**
Procesado: **FREDY BENIGNO GÓMEZ GALVIS**
Asunto: **Alegato de no recurrente**

Como Fiscal Once Delegado ante esta Corporación, de acuerdo a la asignación contenida en la resolución 0-018 del 24 de febrero de 2021, emitida por el Coordinador de la Unidad, y en consideración al auto del 9 de febrero de la misma anualidad, por medio del cual se admitió la demanda de casación de la referencia, contra la sentencia del 5 de noviembre de 2020 proferida por el Tribunal Superior de San Gil (S.), que confirmó con modificaciones la condena emitida el 9 de septiembre de 2020 en primera instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva, al procesado **FREDY BENIGNO GÓMEZ GALVIS**, por el delito de Violencia intrafamiliar¹, me permito descorrer el traslado como no recurrente, con base en los hechos y premisas que informan el presente caso.

Por prioridad, abordaremos inicialmente el segundo cargo.

Segundo cargo: Nulidad (Art. 181,2 del CP) por desconocimiento de la estructura del debido proceso, que soporta el demandante en lo siguiente: (i) Defecto fáctico en la valoración de las condiciones personales del actor, porque no fueron tenidas en cuenta en el análisis de la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; (ii) Violación del principio de motivación, en tanto que la califica de libre, conjetural, etérea, abstracta, vacía, indicado que no corresponde a los principios de legalidad y necesidad de la prueba, pues carece de soportes fácticos subjetivos y objetivos, en tanto ambas instancias dejaron de valorar

¹ Los hechos son narrados por la segunda instancia así: "El día 1 de enero de 2020, siendo aproximadamente las dos de la mañana, FREDDY BENIGNO GÓMEZ GALVIS y su compañera permanente JESSY PAOLA CARREÑO MENECEZ, llegan a su residencia ubicada en la calle 12 No. 14-25 del municipio de Villanueva, se inicia una discusión verbal (sic) entre la pareja, en la cual FREDDY BENIGNO agrede verbal y físicamente a su compañera JESSY PAOLA propinándole puños y puntapiés en su rostro y cuerpo, generándole lesiones en su humanidad."

las condiciones personales del autor y su entorno familiar, lo cual incidió en la aplicación de los subrogados penales, a más de que aplicaron una sentencia de unificación de tutela que solo tiene efectos inter partes, la SU 479 de 2019; (iii) Violación directa de la Constitución, porque ninguna de las instancias aplicó la excepción de inconstitucionalidad en salvaguarda de las garantías fundamentales; argumento este suficiente para apartarse de la sentencia de unificación; (iv) Desconocimiento de los derechos de las víctimas, porque al negar el subrogado penal se impidió que la víctima continuara en unión familiar, quien además depende económica y afectivamente del condenado y manifestó insistentemente que la pena intramural no era necesaria.

Con base en lo anotado, la demandante concluye que la irregularidad en la que incurrieron las instancias al interpretar la prohibición expresa de los artículos 38B, 63,2 y 68A del CP, causó perjuicio irremediable a las víctimas, porque en las sentencias se desconoció el debido proceso al interpretar erróneamente las normas relacionadas con los mecanismos sustitutivos y/o subrogados penales.

Decantada jurisprudencia de esta Sala tiene establecido, que cuando en sede de casación se invoca una irregularidad de ineficacia es necesario demostrarla y acreditar que constituye un vicio de garantía o de estructura, así como la relevancia de la irregularidad en la validez de la sentencia cuestionada (Cfr. Sentencia 33790 de 3 de julio de 2013, 34982 de febrero 15 de 2017, entre otras).

Este reparo, se contrae a censurar que las sentencias cuestionadas no concedieron al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo que no se aviene a las finalidades y estructura configurativa de la causal propuesta, en tanto esta lo que garantiza es en esencia el principio de legalidad.

El defecto fáctico alegado por la demandante no corresponde a la realidad procesal ni mucho menos afectó la estructura del proceso, dado que el Tribunal si analizó en su decisión las condiciones personales del procesado, pues afirmó que el hecho de que se hubiese sometido a tratamiento psicológico no incide en la tipificación del delito, a más de que no existe sustento científico que

permita asegurar que está rehabilitado o no repetirá sus actos; de manera que, en ese orden, tampoco puede darse por cierta la tesis de la nulidad por falta de motivación, pues los razonamientos que echa de menos la demandante abundan en los fallos cuestionados, en especial en el de segunda instancia, en el cual se explica con fundamento en la ley, la jurisprudencia y las condiciones personales del procesado, los argumentos por las cuales consideraron que no es procedente la concesión del beneficio citado, con independencia de se esté de acuerdo con ello.

La casacionista en su afán por demostrar yerros trascendentales en la sentencia cuestionada, afirma que en las decisiones se aplicó una sentencia de tutela que tiene efectos inter partes y no *erga omnes*, refiriéndose a la SU 479 de 2019, sin embargo, desconoce, de un lado, que se trata de una sentencia de unificación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que tiene efecto vinculante y, del otro, que los fallos también se basaron en precedentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desarrollados a partir de la sentencia constitucional mencionada.

Así las cosas, no se advierte en las sentencias debatidas irregularidad alguna que hubiese afectado la estructura del proceso o las garantías fundamentales del implicado, en consecuencia, desacierta la demandante al aducir que ambas instancias violaron la Constitución y desconocieron los derechos de la víctima al negar el subrogado penal, pues la realidad procesal demuestra lo contrario; además, manifestó que no está acreditado que el procesado hubiese superado sus "*Problemas psicológicos de ira y de sus celos obsesivos y tales situaciones son posteriores a los hechos aquí juzgados*"; se itera, con independencia de su conformidad con lo que se considera acertado o correcto.

Por lo demás, la pretendida excepción de inconstitucionalidad no tiene cabida y tampoco aplica para señalar la estructuración del un vicio sustancial; en suma, no está demostrada la existencia de irregularidad que afecte la estructura del proceso o las garantías del procesado, pues el fundamento alegado por la demandante no se compadece con lo establecido en la jurisprudencia y la ley; además no se advierte la trascendencia o residualidad como principios, para proceder conforme a lo pedido.

Primer cargo: Violación directa de la ley sustancial porque ambas instancias interpretaron erróneamente los artículos 38B y 63,2 del CP, en concordancia con el 68A y, 351-2 del CPP, dando lugar a que se negara la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la prisión domiciliaria, en contra de preceptos constitucionales y legales, pues no basta que el delito esté enlistado en la norma que contempla la prohibición de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, (art. 68A,2 del CP), dado que *“Se debe analizar el aspecto subjetivo de que trata el artículo 63-3 del Estatuto Punitivo”*.

Considera el recurrente, que si bien no se acordó la suspensión condicional de la pena ni la prisión domiciliaria, era posible concederla porque la Fiscalía, la víctima y la defensa expusieron al Juez las condiciones personales del autor de la conducta, que así lo permiten; de manera que, al haberse negociado la degradación de la pena a Lesiones personales, que el acusado se hubiese sometido a tratamiento psicológico, pedido perdón a la víctima, indemnizado, así como el hecho de haber continuado la convivencia con esta, hacen que el caso sea *sui generis* y la negación del beneficio *“Un completo desafuero a la interpretación de las mencionadas normas legales (38B, 63-2 y 68A citadas)”*, pues la celebración del preacuerdo pretendía que se concediera alguno de los beneficios negados.

Argumenta, que la decisión confutada desconoce alternativas como la rehabilitación y resocialización sin necesidad de la privación de la libertad, conceptos más acordes con el derecho convencional que a partir de la evolución del derecho, propende por una hermenéutica jurídica, a cambio de la literalidad.

Sobre este reparo se considera que, en el contexto relacionado, el problema jurídico a resolver consiste en dilucidar si la pena degradada objeto del preacuerdo, es la que debe tenerse en cuenta para establecer la procedencia del subrogado deprecado, o si es la calificación de la conducta efectivamente ejecutada, toda vez que, de un lado, el delito realmente cometido conforme al acontecer fáctico y por el cual fue condenado el procesado en ambas instancias fue el de Violencia intrafamiliar y, del otro, el consignado en el preacuerdo, para efectos de la pena fue el de Lesiones

personales, el cual, a diferencia de aquel no se encuentra incorporado en el artículo 68A del CP, es decir, respecto de dicho punible no existe prohibición expresa para conceder el subrogado reclamado por la demandante.

En este orden, resulta necesario reseñar breve y cronológicamente las posiciones jurisprudenciales que ha venido asumiendo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el punto concreto objeto de cuestionamiento, a fin de establecer la postura vigente para la época en que se registraron, se definieron los hechos por las instancias, y la posición actual, pues de esta depende el éxito del cargo propuesto en la demanda.

En sentencia del 24 de febrero de 2016, Rad. 45736, expresó.

“Lo anterior no deja margen de duda en que, por razón del preacuerdo, los procesados responderían penalmente a título de cómplices, **lo que, como consecuencia, imponía a los jueces tener la pena correspondiente, esto es, 48 a 120 meses de prisión, como base para estudiar la procedencia de la prisión domiciliaria.**” (Negrillas nuestras)

Esta postura también fue desarrollada en Sentencia del 15 de noviembre de 2017, Rad. 46930, en ella, la Sala manifestó.

“De modo que frente a la Ley 906 de 2004, y en lo que toca con la manifestación de culpabilidad preacordada bajo una tipificación más favorable, el concepto «conducta punible», **para efectos de establecer la pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, es la pactada en el preacuerdo**”.

Luego, dicho lineamiento fue ratificado mediante Sentencia del 10 de octubre de 2018, en esa oportunidad la Corte, apuntó.

“En este orden de ideas, concluye la Corte que, siguiendo las cláusulas del pacto celebrado entre acusada y Fiscalía, **es la tipicidad producto del acuerdo la que fija el parámetro para el estudio de los mecanismos que rigen las diferentes formas de ejecución de la pena de prisión**”.

Conforme a lo anotado y, en consideración a que los hechos por los cuales se adelantó la negociación en el presente asunto tuvieron ocurrencia el **1 de enero de 2020**, la jurisprudencia vigente para el momento de los hechos, era al antes citada, de donde se debe concluir que bajo este parámetro el cargo propuesto por el demandante estaría llamado a prosperar, toda vez que, según

estas, la aplicación de los beneficios penales deben examinarse a partir de la calificación jurídica acordada, en este caso, Lesiones personales, lo que condujo a imponer una pena de 16 meses de prisión, la cual no excede los 4 años, cumpliéndose así el requisito objetivo contemplado en el artículo 63 del CP, sumado a que dicho punible no se encuentra enlistado en el inciso 2 del artículo 68A del CP y, a que el procesado carece de antecedentes penales.

Ahora, para la época en la que se emitieron los fallos de primera y segunda instancia (posterior a las decisiones arriba citadas), es decir, **9 de septiembre y 5 de noviembre de 2020**, la jurisprudencia vigente continuó con la misma postura; en efecto, la Sentencia SP2073 del 24 de junio de 2020, Rad. 52227, de la Sala de Casación Penal de la Corte, en referencia a los preacuerdos, indicó.

“Se caracterizan **porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena**. Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible...” (negrilla fuera de texto original)

De modo que, si la finalidad de la calificación negociada es para efectos punitivos y, los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, entonces, el análisis de la concesión del beneficio, en el caso concreto, debió hacerse a partir del delito pactado y no del ejecutado; así, el citado pronunciamiento, con base en la SU479 de 2019 de la Corte Constitucional, concluyó sobre el punto, lo siguiente.

“Para establecer las implicaciones de estas decisiones de la Corte Constitucional en el margen de negociación de la Fiscalía General de la Nación, no puede perderse de vista que se trata de cambios de calificación jurídica sin ninguna base fáctica, **orientados exclusivamente a disminuir la pena o mejorar en cualquier otro sentido la situación jurídica del procesado**” (Negrilla fuera de texto).

Pues bien, en la expresión, “*Mejorar en cualquier otro sentido la situación jurídica del procesado*” queda incluido el otorgamiento de subrogados penales; de manera que, conforme a esta providencia la degradación de la calificación jurídica de los hechos en los preacuerdos, es viable para efectos punitivos; entonces, aplicándola al caso concreto tendría que admitirse que la concesión del subrogado penal que demanda el recurrente procede, dado que dicha medida sustitutiva debe ser analizada teniendo en cuenta el delito pactado en

la negociación y, no el realmente cometido, como lo consideraron las instancias; es decir, el análisis debe partir del delito de Lesiones personales, con la pena impuesta y no del punible de Violencia intrafamiliar.

Esta línea jurisprudencial fue ratificada en sentencia SP3002-2020, Rad. 54039 del 19 de agosto de 2020, dado que, en este pronunciamiento la Corporación, refiriéndose a aquello que no pueden hacer las partes en virtud de un acuerdo, como, por ejemplo, incluir cambios en la calificación que no tengan base fáctica, expresamente aseveró.

“Lo anterior, sin perjuicio de que el acuerdo consista en tomar como referente una norma penal menos gravosa, no para que el juez emita la condena a la luz de un referente jurídico que no se ajuste a los hechos presentados por el acusador, **sino para efectos de calcular la pena, evaluar la procedencia de subrogados penales, entre otros, según los términos del convenio, como sucede en el caso** de quien indiscutiblemente es autor pero, en virtud del acuerdo, se le impone la pena que le correspondería al cómplice (SP2073-2020, rad. 52.227 y SP2295-2020)” (Negrilla y subrayas fuera de texto).

En este orden, se tiene que, la Sala Penal de la Corte ha mantenido la posición en cuanto a que la degradación de la calificación jurídica en un preacuerdo no tiene como fundamento que el juez emita una condena por un ilícito que no se ajusta al acontecer fáctico, sino para disminuir los efectos meramente punitivos, entre los que señala expresamente la evaluación de la procedencia de los subrogados penales.

Con todo, se deduce que la jurisprudencia vigente al momento de la emisión de los fallos corresponde a la postura conforme a la cual se permite partir del delito y forma de tipicidad acordada para determinar la procedencia de subrogados y beneficios en la ejecución de la pena; si esto es así, debe concluirse que las sentencias cuestionadas se equivocaron al negar el otorgamiento del beneficio de la condena de ejecución condicional al procesado, toda vez, que este mecanismo de sustitución punitiva procede en relación con el delito de Lesiones personales, así como respecto a la pena impuesta, que fue la calificación pactada.

No obstante, conviene acotar, que en Sentencia 51478 del 21 de octubre de 2020, pareciera que la Sala hubiese cambiado su postura jurisprudencial, dado que, al abordar el tema referido a la legalidad de que el análisis de los

requisitos para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena se haga a partir del delito cometido y no del acordado, decimos esto por lo que allí expresó en la siguiente aserción.

“Se señaló que a **la conducta se le debe calificar como corresponda su adecuación a un tipo penal y es a partir de allí que se puede plantear la negociación o concretar el beneficio...**” (Negrillas nuestras)

En esta oportunidad se aceptó la interpretación del Tribunal Superior de Medellín para negar el beneficio de la prisión domiciliaria, con fundamento en que su otorgamiento debía analizarse teniendo en cuenta el delito ejecutado y no el pactado, dado que consideraron razonables los argumentos que permiten a los jueces separarse del precedente jurisprudencial, tal decisión, no puede tenerse como un cambio de criterio, o como un precedente, dado que la Corporación no lo manifestó expresamente (que cambio su jurisprudencia), tampoco desarrolló la carga argumentativa que justificara el cambio de las reglas señaladas en los precedentes atrás mencionados.

De manera que, lo manifestado por la Sala Penal de la Corte en la Sentencia 51478 del 21 de octubre de 2020 obedece a una interpretación en relación con el caso concreto analizado en dicha oportunidad, que no incide en la seguridad jurídica en la que se fundamenta el principio esencial del respeto del precedente jurisprudencial, con mayor razón si se tiene en cuenta que en fragmentos posteriores la Corporación en el mismo pronunciamiento, señaló.

“Luego, cumplido el deber de calificar la conducta como corresponde a la ley preexistente, **los negocios en los que se acuda a elementos del tipo penal (eliminación, readecuación) únicamente deben ser utilizados para cuantificar la rebaja de la sanción, esas modificaciones no involucran la responsabilidad, la calificación de una manera específica es como lo dice el legislador “con miras a disminuir la pena”.** (Negrillas fuera de texto).

Esto significa, que la postura en esencia sigue siendo la misma de las decisiones arriba mencionadas, en cuanto establecen que se parte del delito acordado para el otorgamiento de beneficios, pues, claramente, se deduce que los efectos de la calificación jurídica pactada son punitivos y ello incluye, los mecanismos sustitutivos de la pena.

En suma, conforme a la jurisprudencia vigente de la Corte no solo para la fecha de los hechos y para cuando el procesado fue condenado, sino también en la



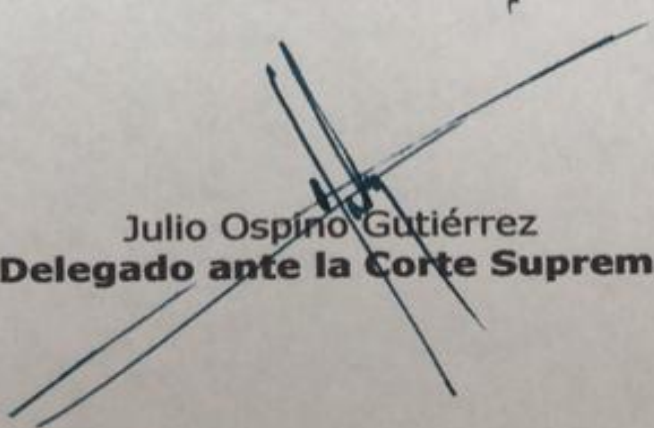
actualidad, se tiene que, para efecto de la concesión de beneficios, como los de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, reclamados en la demanda, debe partirse de la tipicidad acordada. En ese orden, en el presente caso, habría lugar a conceder el subrogado.

No obstante, es importante destacar que, en cualquier caso, ante la ausencia de certeza de que por medio de la última determinación citada se hubiese producido un cambio jurisprudencial, por las razones ya anotadas, en consonancia con el principio de favorabilidad y de la interpretación con base en el *favor rei*, ésta no puede ser objeto de aplicación porque resultaría restrictiva y por tanto desfavorable, así como ir en contra del procesado.

Así las cosas, el cargo por violación directa prospera, toda vez que no hay lugar a negar la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, toda vez que, la pena impuesta no excede los 4 años, pues el procesado fue condenado a 16 meses de prisión, carecía de antecedentes penales, y el punible de Lesiones personales no se encuentra enlistado en el inciso 2 del artículo 68A del CP, que prohíbe expresamente que se conceda el citado beneficio.

Por lo anotado, solicito respetuosamente si la Sala comparte estas reflexiones, que **se case** la sentencia, y en su lugar se conceda al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la pena; en lo demás que se mantenga.

Cordialmente,


Julio Ospino Gutiérrez
Fiscal Once Delegado ante la Corte Suprema de Justicia

SMBB