



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 15 de marzo del 2021

**Honorables Magistrados
SALA DE CASACION PENAL
MAGISTRADO PONENTE Dr. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRAN
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.**

Ref. Casación Proceso No. 58.947
Procesado: Fredy Benigno Gómez Galvis
Delito: violencia intrafamiliar

Honorables Magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes, procedo a presentar sustentación de alegatos de refutación, frente a la demanda de casación interpuesta por el condenado FREDY BENIGNO GÓMEZ GALVIS, contra la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020, por el Tribunal Superior de San Gil. Decisión, mediante la cual, confirmó con modificaciones la condenatoria, emitida el 9 de septiembre de 2020, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva, que lo condenó a 16 meses de prisión, por el delito de violencia intrafamiliar, conducta degradada para efectos punitivos, a la de lesiones personales.

1. HECHOS

Los aspectos fácticos fueron resumidos por el juez de segunda instancia, del siguiente tenor literal:¹ *“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 MENECEs, llegan a su residencia ubicada en la calle 12 No. 14-25 del municipio de Villanueva, se inicia una discusión verbal 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.”*

2. DEMANDA

El recurrente en casación, presentó los siguientes cargos contra la sentencia de segundo grado:

2.1. CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

Con fundamento en la causal primera de casación del artículo 181 del C.P.P. (Ley 906 de 2004), la censura acusó el fallo de segunda instancia, de violación directa de la ley sustancial, al incurrir en la interpretación errónea de los artículos 38B y 63 del C.P. y artículo 351.2 del C.P.P.: *“Tanto la señora juez Promiscuo municipal de Villanueva Santander como la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, incurrieron en la interpretación errónea de los artículos 38B y 63 del Estatuto Punitivo, así como del 351-2 del Código de Procedimiento Penal, lo que dio lugar a*

¹ Fls. 1 y 2 Fallo del ad quem.



*que se le negara al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la prisión domiciliaria”.*²

En su sentir, alegó que las dos instancias interpretaron erróneamente las normas señaladas, al negarle la suspensión condicional de ejecución de la pena al implicado: *“En ambas instancias, los Juzgadores le negaron la suspensión condicional de ejecución de la pena al implicado en razón de la prohibición consagrada artículo 63-2 del Código Penal, en concordancia con el artículo 68A ibíd interpretación errada a la luz de los preceptos constitucionales y legales, ignorando que dicho precepto le hace exigible hacer un análisis subjetivo que permite establecer y se hace merecedor o no de tales beneficios”.*³

En síntesis, indicó que al procesado no se le podían negar los subrogados penales reclamados, lo cual constituye un desafuero a la interpretación de las mencionadas normas: *“En el presente caso muy particular FREDY BENIGNO GOMEZ GALVIS no pre acordó el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, empero con ello no quiere decir que no se hubiera podido conceder tal sustituto cuando la fiscalía, la víctima y la defensa, le estaban planteando al juez de las condiciones personalísimas del autor de la conducta, el haber pre acordado degradando la conducta punible a lesiones personales, haberse sometido a tratamiento psicológico para cambiar dicho comportamiento, haber pedido perdón a la víctima, haberla indemnizado, volver a la convivencia y continuar con su núcleo familiar como máxima constitucional (art. 42 Cons. Pol.), en fin, una serie de garantías fundamentales que lo hacían sui generis frente al caso concreto y su negación un completo desafuero a la interpretación de las mencionadas normas legales (388 63 2, 68a del C.P.)”.*⁴

CARGO SEGUNDO: Nulidad

Con fundamento en la causal segunda de casación del artículo 181 del C.P.P. (Ley 906 de 2004), la censura acusó el fallo de segunda instancia, de estar incurso en desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes: *“En el presente caso resulta plausible y adecuada la interpretación que la honorable corte le da al defecto factico y su aplicación al caso concreto, nótese que la primera y segunda instancia, incurre a mi juicio en desconocer la situación fáctica de las condiciones personales que el procesado FREDY BENIGNO GOMEZ GALVIS, acepta los cargos se somete a tratamiento terapéutico presenta perdón, se reconcilia con la pareja la indemniza, no tiene antecedentes penales, son elementos materiales o evidencias que en el momento de desarrollar los argumentos sobre si concedía o no los subrogados estaba obligado a valor, ya que están dentro de los deberes, so pena de desconocer los postulados Constitucionales”.*⁵

Arguyó, que la sentencia está incurso en nulidad por violación al principio de motivación, pues: *“Del acontecer factico se discute que la señora juez y posteriormente el Tribunal, demandan aplicación inmediata de la Sentencia de unificación de Tutelas SU 479 de 2019, sin tener en cuentas las condiciones personales del autor de la conducta punible y su entorno familiar máxime cuando en el recurso de apelación se le hace hincapié al tribunal por parte de la defensa y más aún el representante de la víctima actuando como sujeto no apelante durante dicho traslado, manifestó las condiciones de su representada, como era la de tener 2 hijas extramatrimoniales al cuidado de éste, así mismo ser la persona que económicamente soporta los gastos de la familia, ruega e implora que dicha privación de la libertad le genera un problema mayor que si no hubiera denunciado. Todos los soportes se le hicieron llegar al juez de segunda instancia para que fuera este quien valorara las condiciones personales del GOMEZ GALVIS, y se*

² Fl. 18 de la demanda de Casación.

³ Fl. Idem.

⁴ Fl. 19 de la demanda.

⁵ Fl. 24 demanda de casación.



pronunciara de fondo con relación a la negación del sustituto punitivo. A lo que el tribunal hizo caso omiso.”⁶

Indicó, que esas reglas fueron desconocidas por el ad quem, pues al negarle el subrogado penal, constituye una afrenta para los derechos de las víctimas: *“El haber negado el subrogado penal al señor FREDY BENIGNO GOMEZ GALVIS constituye una verdadera afrenta a los Derechos de las víctimas entre ellos continuar en unión familiar (artículo 42 de la Constitución), ya que no han sido escuchadas en las instancias respectivas muy a pesar de haberse incorporados documentos necesarios para demostrar la dependencia económica y afectiva por parte del procesado (certificación de estudios declaraciones juramentadas contentivas 10 a 12 documentos.”⁷*

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: No Casar la sentencia del Tribunal de San Gil, del 5 de noviembre de 2020

3.1. AL CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley

La censura reclama, que los fallos de instancia desconocieron las normas y las condiciones particulares, para negarle al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la prisión domiciliaria reclamadas e incurrieron en la interpretación errónea de los artículos 38 B y 63 del C.P.⁸

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si se incurrió en la interpretación errónea de las normas aducidas por la censura, al negarle al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la prisión domiciliaria.

Esta Agencia del Ministerio Público, estima que no le asiste razón al censor, pues en relación con la negación de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en favor del procesado, **FREDY BENIGNO GÓMEZ GALVIS**, una vez revisados los fallos de instancia, se observa que el a quo tuvo en cuenta para la condena impartida contra el procesado, el acuerdo a que se llegó con la Fiscalía y fue debidamente aprobado, en el cual se tasó una pena de 16 meses de prisión, al declarar como autor responsable del delito de violencia intrafamiliar degradado únicamente para efectos punitivos, al delito de lesiones personales:⁹ *“PRIMERO: CONDENAR A FREDDY BENIGNO GOMEZ GALVIS titular de la C.C. No 5.581.574 expedida en Villanueva como autor responsable de la conducta punible de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR degradado únicamente para efectos punitivos al delito de LESIONES PERSONALES, a la pena principal de DIECISEIS (16) MESES DE PRISION, según hechos registrados en las circunstancias de tiempo, modo y lugar consignadas.”¹⁰*

Según refirió el fallo de primera instancia, se destacó respecto a la admisión de responsabilidad del imputado, que el citado acuerdo se encontraba ajustado a derecho y le impartía aprobación al mismo, al ser declarado autor del delito de violencia intrafamiliar:¹¹ *“Planteadas las anteriores premisas, el despacho encuentra ajustado a derecho la admisión de responsabilidad efectuada por el precitado mediante el acuerdo mencionado, lo que conlleva a que se haga necesario hacerle el reproche institucional con la imposición de la respectiva SENTENCIA CONDENATORIA en su contra, como AUTOR responsable del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR previsto en el artículo 229 inciso 2 CP, degradado únicamente para efectos punitivos a LESIONES PERSONALES.”*

⁶ Fls. 24 y 25 de la demanda.

⁷ Fls. 28 y 29 demanda casación.

⁸ Fls. 16 y 17 de la demanda.

⁹ Fl. 4 fallo de primer grado.

¹⁰ Fl. 8 fallo del a quo.

¹¹ Fl. 9 fallo de segundo grado.



En virtud de la degradación en la conducta acordada para efectos punitivos, el juez partió del quantum mínimo previsto para el delito de lesiones personales, y verificó conforme al preacuerdo pactado, que el rango a imponer quedaba en 16 meses de prisión.¹² *“Degradada la conducta punible de violencia intrafamiliar solo para efectos punitivos al punible de LESIONES PERSONALES, se tendrá en cuenta el quantum previsto en el artículo 112 inciso primero del código penal, entre 16 y 36 meses de prisión, determinándose en el preacuerdo el quantum a imponer de 16 meses de prisión que se advierte encuadrado dentro del principio de legalidad toda vez que el procesado no cuenta con antecedentes penales y el cuarto en el que se impondría la pena sería el mínimo, teniendo por tanto que la pena consensuada se encuentra determinado dentro de los límites legales.”*

Continuó el fallo de primer grado, respecto de los efectos para la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, que en razón a que el núcleo fáctico de imputación, se enderezaba al delito de violencia intrafamiliar, se incumplía de esta manera el requisito objetivo para la prosperidad de la gracia estudiada y decidió que no era procedente su concesión al encartado, pues esa conducta estaba incluida en las prohibiciones enunciadas en el artículo 68 A del C.P.:¹³ *“Teniendo en cuenta entonces que FREDDY BENIGNO GOMEZ GALVIS, no presenta antecedentes penales, por este solo hecho objetivo sería perfectamente posible concederle el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena. Sin embargo, teniendo en cuenta que el delito por el que se emite la condena conserva el núcleo fáctico de imputación, es decir violencia intrafamiliar, sea preciso indicar, que se encuentra incluido en el inciso segundo del artículo 68 A del Código Penal, esto es violencia intrafamiliar, escapa de la concesión de los subrogados solicitados por la defensa.”*

Por su parte, la corporación de segundo grado, destacó a su vez, que en atención a que el procesado, en la negociación con la Fiscalía admitió su responsabilidad a cambio de que se degradara únicamente para efectos punitivos, la conducta de violencia intrafamiliar por el delito de lesiones personales, lo verificado fue que se le declaró autor responsable de la conducta punible de violencia intrafamiliar.¹⁴ *“PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por las razones consignadas en la parte motiva con la siguiente corrección en el numeral primero de la parte resolutive de la misma el cual quedará así: CONDENAR A FREDDY BENIGNO GOMEZ GALVIS titular de la C.C. No. 91. 109.628 del municipio del Socorro (S), como autor responsable de la conducta punible de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR degradado únicamente para efectos punitivos al delito de LESIONES PERSONALES, a la pena principal de DIECISEIS (16) MESES DE PRISION, según hechos registrados en las circunstancias de tiempo, modo y lugar consignadas.”*

Sin embargo, la corporación seccional aclaró que lo pedido por la defensa del procesado fue el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena con fundamento en lo señalado por el artículo 63 del C.P., lo cual impedía objetivamente la concesión del beneficio reclamado por el acusado.¹⁵ *“Así mismo, se aclara dentro de la parte motiva de la decisión que lo pedido por la defensa del procesado fue el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con base en lo dispuesto en el artículo 63 del C.P.”*

El recurrente en su exposición, indicó que el *ad quem* interpretó de manera errónea los artículos 38B y 63 del C.P. al negar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como el sustituto de la prisión domiciliaria en favor del procesado, pues desconoció que de conformidad con el acuerdo a que llegó con la Fiscalía, su participación se degradó al delito de lesiones personales.¹⁶

¹² Fl. 7 fallo de primera instancia.

¹³ Fls. 8 y 9 fallo de primer grado.

¹⁴ Fls. 27 y 28 fallo del ad quem.

¹⁵ Fl. 28 fallo de segundo grado.

¹⁶ Fls. 16 y 24 de la demanda de casación.



No le asiste razón a la censura y el cargo entonces deberá ser desatendido, toda vez que las normas que regulan el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como el sustituto de la prisión domiciliaria reclamados, se denota que el delito de violencia intrafamiliar, por el cual fue condenado el encartado en las dos instancias, está expresamente excluido de tales beneficios, conforme lo dispone el artículo 68 A del C.P.¹⁷

Repárese que el delito por el cual fue condenado el procesado **GÓMEZ GALVIS**, se trata de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A del C.P., toda vez que fue condenado por el delito de violencia intrafamiliar, luego objetivamente no se cumpliría el requisito legal para la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión reclamado por la censura.¹⁸ Es decir, la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, reclamado por el accionante, exige para su íntegra concesión el no haber sido condenado por alguno de los delitos enlistados en el inciso segundo del artículo 68A y cabalmente, los fallos de instancia condenaron debidamente al procesado, por el delito de violencia intrafamiliar, que se itera, está expresamente excluido de tales beneficios y subrogados penales, por ende, no le asiste razón a la censura.¹⁹

“Al revisar el artículo 68A de la ley 599 de 2000 con la respectiva modificación realizada por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014, norma aplicable por ser la vigente al momento de los hechos, esta preceptiva excluye de los beneficios y subrogados penales los delitos relacionados con la violencia intrafamiliar.”

Empero, si bien dentro del preacuerdo celebrado entre las partes, se pactó una pena de prisión de 16 meses por la aceptación de la conducta punible por parte del imputado, al haberse degradado para efectos punitivos al de lesiones personales, lo cierto es que fue condenado a través de los fallos de instancia, por la conducta punible de violencia intrafamiliar, que conforme a lo preceptuado por los artículos 38B y 68A del C.P., se encuentra expresamente excluido de los beneficios y subrogados penales extrañados por la censura y por esto, el cargo así propuestos deberá ser atendido desfavorablemente y no casar el fallo por este aspecto.²⁰

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo con Radicación No. 52.227, en relación con los beneficios a través del cambio de calificación jurídica, realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado:²¹

¹⁷ **ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES.** <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

<Inciso modificado por el artículo 6 de la Ley 1944 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; **violencia intrafamiliar**; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.” (Resaltado extratexto).

¹⁸ Fl. 16 de la demanda de casación.

¹⁹ Fl. 22 fallo del ad quem.

²⁰ Fls. 17 y 18 de la demanda.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de junio de 2020. Radicación No. 52.227. M.P. Patricia Salazar Cuellar. “El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.

Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.



Sin embargo, es claro que al delito de violencia intrafamiliar aquí perpetrado se le impuso la pena contemplada para el delito de lesiones personales, lo cual fue resultado del producto de un acuerdo únicamente con el objeto de rebajar la pena a una más benéfica, pero esa concesión igualmente no conlleva aparejado otros beneficios distintos a la rebaja de pena, ya que el acuerdo no cambia el hecho que la conducta cometida por el procesado haya sido la de violencia intrafamiliar. Por tanto, si bien se aplica como único beneficio el de lesiones personales, ello no cubre los beneficios otorgados a este delito, sino que se mantiene en lo demás, es decir las prohibiciones de conceder más prerrogativas al condenado. Ello justamente para aprestigiar la justicia y no afectar los derechos de las víctimas, entre ellos los de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Para el Tribunal, existía además un condicionamiento de orden objetivo, referido a que el delito cometido por el procesado **FREDY BENIGNO GÓMEZ**, se encontraba excluido del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena:²² *“Contrastadas tales exigencias normativas con los datos que se constatan en el proceso, se observa sin lugar a equívocos la improcedencia del sustituto estudiado, pues de un lado si bien la sanción privativa de la libertad finalmente infligida a FREDY BENIGNO GÓMEZ GALVIS, no superó los 4 años, ya que fue condenado a la pena de 16 meses de prisión; de otra parte aunque se aprecia que el acusado no posee antecedentes penales, la Sala sin mayores elucubraciones comparte el criterio expuesto por la Juez de Primera Instancia, toda vez que es clara la expresa prohibición legal para el punible de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR consagrada en el artículo 68 A del C.P., pues es esa normativa la que excluye el delito referido de los beneficios y subrogados penales”*.

La postura de la corporación de segunda instancia, no revela como lo plantea la censura, la interpretación errónea de los artículos 38B y 63 del C.P. al no conceder el beneficio de los subrogados penales al encartado y desconocer el acuerdo pactado, pues como acaeció y se comprobó en el sub examine, el encartado fue condenado por el delito de violencia intrafamiliar, conducta expresamente excluida de los beneficios y subrogados penales, pues según lo decantó el fallo del ad quem, las agresiones se enmarcaron dentro de un contexto de violencia intrafamiliar.²³ *“Ante tal actuar se observa que las agresiones al parecer fueron de carácter permanente en el entorno familiar por lo que es claro que el proceder del acusado en los hechos aquí juzgados se enmarca dentro de un constante contexto de violencia familiar”*.²⁴

Por todo lo anterior, es diáfano que el punible de violencia intrafamiliar, de conformidad con lo regulado por los artículos 38B y 68A del C.P., se encuentra expresamente excluido de los beneficios y subrogados penales extrañados por la censura y por esto, el cargo así propuesto deberá ser desatendido y no casar el fallo del Tribunal por este particular aspecto.²⁵

3.2. AL CARGO SEGUNDO. Nulidad

La censura acusó el fallo de segunda instancia, de estar incurso en desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, al desconocer la situación fáctica sobre las condiciones

No. Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.

Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje (que en los casos analizados en la SU479 de 2019 ascendió al 83%), las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia.

Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.”

²² Fl. 20 fallo de segundo grado.

²³ Artículo 351 del C.P.P. Modalidades.

²⁴ Ver Fl. 20 fallo del Tribunal.

²⁵ Fls. 17 y 18 de la demanda.



personales que el procesado GÓMEZ GALVIS cumplía para tener derecho a la concesión de la prisión domiciliaria.²⁶

Conforme a lo ordenado por el artículo 38 del C.P. para la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, en el numeral 1° del artículo 38B del Código Penal, se exige que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho años de prisión o menos, según se ha definido ampliamente por la Corte de casación, por conducta punible debe entenderse la conducta delictiva propiamente dicha, con las circunstancias modales, temporales o espaciales que la califican o privilegian o que la especifiquen en sus diversas modalidades.²⁷ **“ARTICULO 38. LA PRISION DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISION.** <Artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> *La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine. El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.*

PARÁGRAFO. *La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.”*

A su vez, el artículo 38B del C.P., estableció los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, entre ellos, que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A del C.P.

“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.”*

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 348 y ss. del C.P.P., la ley habilitó a la Fiscalía y al imputado o acusado, a celebrar acuerdos que impliquen la terminación anticipada del proceso, con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, así como obtener pronta y cumplida justicia, además de activar la solución de los conflictos

²⁶ Fls. 24 y 25 de la demanda de casación.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de junio de 2016. Radicación No. 46.101. M.P. Eyder Patiño Cabrera.



sociales que genera el delito y propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, y también lograr la participación del imputado en la definición de su caso:²⁸

Por esto, a cambio de la aceptación de su responsabilidad en la comisión del delito de violencia intrafamiliar, en el preacuerdo se mantuvo la calificación jurídica por el delito de violencia intrafamiliar, pero se pactó como beneficio la pena correspondiente al delito de lesiones personales:²⁹ *“En efecto, la adecuación típica, fue realizada como consecuencia de la aceptación por parte del señor FREDY BENIGNO de su responsabilidad en la comisión del delito de violencia intrafamiliar, que para efectos del preacuerdo se pactó la pena por el delito de lesiones personales, es decir, que se trata del beneficio obtenido en virtud del preacuerdo celebrado entre las partes, generando un impacto favorable en la pena a imponer, tal y como se estableció en el preacuerdo y fue reiterado por la Fiscalía a lo largo de sus intervenciones; por lo tanto, se mantiene la calificación jurídica del delito de violencia intrafamiliar efectuada en la formulación de la imputación, pero, a raíz de la aceptación preacordada de la responsabilidad, los límites para su punición están dados por el delito de lesiones personales que consagra el Código Penal.”*³⁰

En esta dirección, el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, establece que el fiscal y el imputado, pueden adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se puede declarar culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico o que se tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a que se le disminuya la pena.³¹

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con Radicación No. 52.227, del 24 de junio de 2020, sobre las diversas modalidades de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado, señaló los siguientes aspectos relevantes:

“En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”

Ahora bien, en relación con lo requerido por el procesado, consistente en que cumple con los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria y que el Tribunal erró en su aplicación, se dirá que tampoco le asiste razón, toda vez que se itera, de un lado, no se cumple el requisito objetivo demandado por la ley (art. 38B, num. 2° del C.P.: “2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.”, pues como se vio, el delito de violencia intrafamiliar está incluido en el mencionado inciso, luego, no se cumpliría con la condición especial establecida por el legislador y de otro, según lo regula el artículo 63 del C.P., también exige que

²⁸ Artículo 348 del C.P.P. Finalidades.

²⁹ Fl. 16 fallo de segundo grado.

³⁰ Fl. 16 fallo de segunda instancia.

³¹ Artículo 350. Preacuerdos desde la formulación de imputación.



no se trate de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.³²

Así las cosas, se desvela que el fallo del Tribunal de San Gil, al concluir que el procesado no se hacía acreedor a la prisión domiciliaria por considerarlo autor de la conducta punible de violencia intrafamiliar, no incurrió en indebida aplicación de las normas que regulan el instituto deprecado por la censura (arts. 38 y 38B del C.P.) y, por ende, no se debe casar el fallo recurrido, en atención a que el *ad quem* no se equivocó al reconocer que no cumplía con los requisitos exigidos para la concesión del subrogado reclamado, pues el delito por el cual fue condenado **GÓMEZ GALVIS**, estaba explícitamente excluido del beneficio de la prisión domiciliaria.³³

De conformidad con todo lo anterior, se revela que los fallos de instancia no incurrieron en la interpretación errónea de los artículos 38, 38B y 63 del C.P. al supuestamente desconocer el derecho que le asistía al procesado **FREDY BENIGNO GÓMEZ GALVIS**, del sustituto de la prisión domiciliaria, cuando el preacuerdo pactado cabalmente consistió en degradar para efectos punitivos únicamente, su participación en el delito de violencia intrafamiliar por el de lesiones personales, aspecto que no fue desconocido por el juez plural ya que esa conducta está expresamente excluida de los beneficios y subrogados penales reclamados y, por ello, tampoco se deberá atender el cargo segundo deprecado por la censura.³⁴

Adicionalmente, acorde con los requisitos enlistados en el artículo 38G, se tiene que **GÓMEZ GALVIS**, fue sentenciado a 16 meses de prisión, a la fecha ha estado privado de su libertad por tiempo superior a 1 año, toda vez que su aprehensión se produjo el 1 de enero de 2020, es decir, ha cumplido más de la mitad de la condena y tendría derecho a que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpliera en el lugar de su residencia.³⁵

Sin embargo, para que proceda la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado, no solo se requiere el haber cumplido la mitad de la condena, sino que el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima y en este caso, denótese que **FREDY BENIGNO**, es el compañero permanente de la víctima y, por ende, quedaría también excluido de ese beneficio, con fundamento en el artículo 38G del C.P., y ante esa perspectiva el cargo deberá ser desestimado.

En esta dirección, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con Radicación No. 48.900, explicitó los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, entre ellos, que el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, y que el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima:³⁶

³² Fl. 22 del fallo del Tribunal.

³³ Fls. 4 y 5 fallo del Tribunal.

³⁴ Fl. 5 fallo del ad quem.

³⁵ ARTÍCULO 38G. <Ver Notas de Vigencia> <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado.

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de febrero de 2017. Radicado No. 45.900. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.



“Entonces, a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal. Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria.”

Todo lo cual, conduce a esta Agencia del Ministerio Público, a estimar que no se deben acoger los cargos formulados por la censura y, en consecuencia, no casar la sentencia del Tribunal de San Gil, del 5 de noviembre de 2020, teniendo en cuenta que el procesado GÓMEZ GALVIS, fue condenado por el delito de violencia intrafamiliar, delito explícitamente excluido de los beneficios legales para la concesión de los beneficios y subrogados penales reclamados por la censura, como lo prevén los artículos 38, 38B, 38G y 63 del C.P.³⁷

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

³⁷ Fls. 16 y 17 de la demanda de casación.