



SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60.00206 2021 07124
DELITO: FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES
CONDENADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN
PROCEDENCIA: Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Sentencia Nro. 26
Aprobada mediante acta Nro. 170

Medellín, seis (6) de septiembre de dos mil veintiuno

ASUNTO POR TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor, en contra de la sentencia emitida el veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021), por el Juez Veinte (20) Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual condenó anticipadamente, en virtud de un preacuerdo, a **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN**, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en calidad de cómplice, imponiéndole la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, esta última por el mismo lapso de la pena restrictiva de la libertad, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Según los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación, siendo las 18:45 horas del veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021), uniformados de la Policía Nacional se encontraban realizando labores de patrullaje y control sobre la carrera 35 con calle 70 de esta ciudad, y notaron la actitud sospechosa de un ciudadano, quien se identificó como **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN**, y al requisarlo, le hallan en la pretina de su pantalón, un arma de fuego tipo revólver, marca Llama, Modelo Cassidy, 38 SPL, Fabricada por Indumil Colombia, número de serie: IM4220E, acerado, empuñadura en madera, con seis (6) cartuchos calibre .38 de marca Indumil.

DESARROLLO PROCESAL

Por tales hechos, entre el veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021), ante el Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal de Medellín, se realizó diligencia de legalización de la captura de **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN**. Acto seguido, se le formuló imputación por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, verbo rector, “portar”, sin que aceptara su responsabilidad por tal conducta. En la misma fecha, se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

El fiscal a cargo del asunto presentó escrito de acusación en contra de **VELÁSQUEZ PULGARÍN**, señalándolo como presunto responsable del delito que le fue imputado, actuación que

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA Y MODIFICA**

correspondió por reparto al Juez Veinte (20) Penal del Circuito de Medellín.

En diligencia del veinticuatro (24) de mayo siguiente, cuando procedía la realización de la audiencia de acusación, informó el delegado fiscal que se había llegado a un preacuerdo con el procesado y su defensor, el cual consistía en la aceptación de responsabilidad por parte del enjuiciado del cargo atribuido por la fiscalía, esto es, el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, y solo para efectos punitivos, se le degradaba la participación a complicidad, fijando la sanción en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

En la misma diligencia, el Juez Veinte (20) Penal del Circuito de Medellín, impartió aprobación al preacuerdo y acto seguido se realizó la audiencia de individualización de la pena y dio lectura a la sentencia, contra la cual el defensor interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve, en punto específico a la no concesión de la prisión domiciliaria a su representado.

LA SENTENCIA APELADA

El veinticuatro (24) de mayo del presente año, hallando satisfechos los elementos básicos para ello, se emitió la sentencia condenatoria en contra de **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN** en virtud del preacuerdo, estableciéndose una pena de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, así como la inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena restrictiva

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA Y MODIFICA**

de la libertad, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En punto específico a la inconformidad del recurrente, esto es, la no concesión de la prisión domiciliaria, indicó el fallador de primera instancia, que no se cumple el primer requisito establecido en el artículo 38 B del Código Penal, ya que el delito por el que se le condena tiene una pena mínima de nueve (9) años de prisión, por lo que negó la prisión domiciliaria solicitada, y por tanto, adujo, **VELÁSQUEZ PULGARÍN** debe descontar la pena en un establecimiento penitenciario y carcelario que para el efecto determine la dirección general del INPEC.

DE LA APELACIÓN

Dentro del término de ley, el defensor sustentó el recurso de apelación que interpusiera oportunamente.

Argumenta que su inconformidad radica en punto específico a la negativa del juez de primera instancia de conceder a su representado la prisión domiciliaria, con fundamento en que no se cumple el requisito objetivo, en tanto supera los ocho (8) años de prisión, pues en su sentir sí cumple dicho presupuesto, dado que el delito no se encuentra enlistado en aquellos respecto a los cuales no procede dicho sustituto.

Afirma, además, que no se tuvo en cuenta el precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

plasmado en los radicado 46.930 del 15 de noviembre de 2017, 46684 del 23 de noviembre de 2016 y 46101 del 1 de junio de 2016.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENETS

La delegada del Ministerio público petitionó confirmar la sentencia de primera instancia y sostuvo que no se puede acceder a la prisión domiciliaria, dado que el delito por el cual se procede aparece una pena de ciento ocho (108) meses, es decir, superior a los ocho (8) años que establece el artículo 38 B de. C.P.

Adicionalmente aseveró, que el degradar la conducta de autor a cómplice, se aviene a la filosofía del sistema premial, teniendo en cuenta que es una de las fórmulas a las que más se recurre para la negociación, y el fiscal advirtió, que el mismo se hacía exclusivamente para los fines de la rebaja de pena.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, numeral primero, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juez Veinte (20) Penal del Circuito de Medellín, adscrito ese despacho a este Distrito Judicial.

Hay, en nuestro criterio, sustentación suficiente, para que podamos pronunciarnos sobre el fondo del asunto, siendo límite de nuestra intervención, conforme a la técnica del recurso, los aspectos cuestionados por el recurrente.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

De conformidad con el planteamiento del defensor, el problema jurídico que esta Sala debe resolver se contrae a determinar si en el caso presente es procedente o no el otorgamiento del sustituto de la prisión domiciliaria.

Para resolver el interrogante planteado, esbozaremos un planteamiento general del desarrollo jurisprudencial sobre el tema y luego analizaremos el caso concreto.

Establece la Ley 906 de 2004, en sus artículos 348 y siguientes, que los delegados de la Fiscalía General de la Nación podrán celebrar acuerdos con los procesados, buscando con ello unos específicos fines. Dentro del espectro de posibilidades que para tal misión se les permite, están entre otras, conceder rebajas de pena específicas dependiendo del momento en el cual se lleve a cabo la negociación o, también, que se tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Abundante ha sido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de cara a delimitar los alcances de las facultades que tienen los delegados de la Fiscalía General de la Nación en estos menesteres, al igual que la propia institución ha procurado regular, a través de sus directivas, el ejercicio de esta labor, quedando claro, en ambos escenarios, que no obstante el ente acusador, a partir de lo consagrado en el artículo 250 del C. P. es titular de la acción penal, esta es reglada y debe siempre procurar el cumplimiento de los fines para los que el instituto de los preacuerdos y negociaciones se halla instituido.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

Recientemente, ya lo hemos dicho previamente, con la expedición de la sentencia SU 479 de 2019, emanada de la Corte Constitucional y la sentencia SP 073-2020 del 24.06.2020, proferida dentro del proceso radicado bajo el número 52.227, MP PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, se desarrolló, ampliamente, una nueva interpretación relacionada con los acuerdos y negociaciones, estableciéndose en una y otra providencia una serie de limitantes, que pueden, cómo no, ser objeto de amplia discusión en la comunidad jurídica, pero ofrecen un novedoso panorama que no puede ser desconocido para los operadores jurídicos en los casos en los que se reclame la aplicación de dichas figuras de justicia premial.

Siendo así las cosas, dependiendo del alcance que se le dé a lo expuesto por las Corporaciones en cita, podría concluirse que acuerdos como el aquí analizado, o bien deberían ser improbados por desconocer el precedente que en sede de constitucionalidad sentó la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 o, desde otro ángulo, conforme lo propuso la Sala de Casación en la sentencia atrás citada, una variación en los términos que se desarrolló el acuerdo que revisamos, para su viabilidad, sólo puede entenderse como uno de aquellos en los cuales, sin que implique una modificación a los hechos jurídicamente relevantes y su adecuada calificación jurídica, permite, únicamente, aplicar descuentos en el monto de la sanción pero sin efectos sobre las consecuencias jurídicas que comporta el tipo penal agotado por el sujeto activo de la conducta punible.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA Y MODIFICA**

Con estas precisiones de orden general, es procedente analizar el asunto objeto del recurso vertical.

Para ello, es de relieve dejar sentado que, esta Sala de Decisión, enfatizará en el pronunciamiento emitido recientemente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ya identificado, según el cual, importa precisarlo, en el marco de los preacuerdos por degradación, debe tenerse en cuenta, en lo que respecta a la modificación del grado de participación, o el reconocimiento de circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, el estado de ira o intenso dolor, entre otras, esto no es más que una ficción legal que se asume para efectos de disminución de la pena, por lo que consideramos, no pueden tenerse como base para el examen de sustitutos o subrogados penales, pues la persona debe ser condenada por el delito realmente cometido.

Lo anterior porque, siguiendo a la corporación citada, en dichas negociaciones se hace referencia a normas que por la narración de los hechos o conforme a los elementos demostrativos aportados, no son aplicables al caso, pero así se hace, **con el único fin de determinar el monto de la rebaja otorgada en virtud de la negociación**, como, afirmamos, ha ocurrido en este evento.

Para precisar al detalle el asunto, se escuchó el audio de la diligencia en que se presentó el preacuerdo, en la cual el delegado de la fiscalía manifestó que se acordó con **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN**, que aceptaba su responsabilidad penal por el delito de fabricación, porte o tenencia de armas de fuego,

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA Y MODIFICA**

accesorios, partes o municiones, y que se degradaba su conducta de autor a cómplice “**únicamente para fines punitivos**”, a fin de obtener una rebaja del cincuenta por ciento (50%).

El juez adujo que el acuerdo se basaba únicamente en ofrecerle al procesado la pena que se establece para el cómplice, y cuando le indagó al defensor si esos eran los términos del preacuerdo, este refirió que simplemente aclaraba que se había pactado una pena de cuatro años y medio, lo cual ratificó el delegado del ente acusador, indicando que como la pena mínima del delito era de nueve (9) años, con el reconocimiento de la rebaja del cincuenta por ciento (50%), en efecto quedaba en cuatro años y medio.

Así las cosas, pese a que se reconoció una disminución de pena como si el procesado hubiera actuado en calidad de cómplice, de la imputación fáctica y jurídica se desprende que agotó la conducta como autor, no obstante en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia, se condenara a **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN** en calidad de cómplice, por la comisión de la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones prevista en el artículo 365 del Código Penal y quedó claro en la negociación que únicamente se reconocía esa condición para efectos punitivos, y así otorgarle la rebaja del cincuenta por ciento (50%), como contraprestación por la aceptación de responsabilidad.

Ya hemos dicho al inicio de esta decisión que, en providencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

Justicia, con radicado 52.227 del 24 de junio de 2020, en la cual se analiza la sentencia de unificación 479 de 2019 de la Corte Constitucional y la viabilidad de realizar preacuerdos en los que se haga referencia a normas no aplicables al caso con el único fin de determinar el monto de la rebaja otorgada en virtud de la negociación, se consignó:

6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes **no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes**. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, **tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja**. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente **no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica** (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

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

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

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.

Así, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en este tipo de negociaciones -siendo el caso aquí discutido una de ellas- la intención de las partes no consiste en que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes, sino que lo acordado no es cosa diferente a que se aplique una disminución establecida en una norma específica con miras a que se rebaje la pena, nada más. Mírese que ello, para la alta corporación no resulta problemático, pues según dice, lo importante es evitar, para que la viabilidad del preacuerdo no se vea afectada, que por esta arista se materialicen concesiones desproporcionadas, que vayan en contra, en especial, de los derechos de las víctimas.

Por ello, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analiza, en la misma providencia, los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, de la siguiente manera:

“En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es negativa.

Lo contrario implicaría aceptar que todas las formas de concesión de beneficios, menos esa, están sometidas a controles compatibles con el concepto de discrecionalidad reglada. Igualmente, aceptar una discrecionalidad ilimitada en ese ámbito implicaría entender, por ejemplo, que los beneficios para quien colabora eficazmente para desarticular una banda de delincuencia organizada están sujetos a la estricta reglamentación atrás enunciada, mientras que los otorgados a una persona para la “solución” de su caso operan sin ningún límite ni control, lo

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

que trasgrede la más elemental idea de proporcionalidad, sin perjuicio de la afectación de la igualdad, la seguridad jurídica y, en general, la sujeción a la Constitución Política y la ley.

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes.

(...)

6.2.2.5. Resumen de las reglas aplicables al caso.

En síntesis, para la solución del presente caso debe quedar claro lo siguiente:

Primero. En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que **en la condena** se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base fáctica pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica **con el único fin de establecer el monto de la pena**. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) **la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena**, esto es, se le condena en calidad de autor, **pero se le asigna la pena** del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales. ”–negrilla de la Sala-

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

En consideración a lo providencia en cita, podemos concluir que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al tenor del análisis efectuado en el numeral primero, asume que ya no es posible, en virtud de un preacuerdo, asignarles a los hechos jurídicamente relevantes una tipificación que no corresponde, para que la misma conste en la condena, en tanto en su sentir, ello contraviene una vulneración inaceptable al principio de legalidad y los derechos de las víctimas.

Sin embargo, admite que en virtud del preacuerdo sí se puede optar por una calificación jurídica diversa o reconocer circunstancias de menor punibilidad o variar el grado de participación, pero con el único fin de establecer el monto de la pena, pues con ello no se imprime a los hechos una calificación jurídica alejada de la realidad, ya que se condena por el delito cometido.

Aunado a lo anterior, para sostener la postura, consistente en que los sustitutos y subrogados penales se conceden con base en el delito atribuido por la fiscalía y que fue aceptado y no en el preacordado para efectos únicamente de la pena, acudimos a diversas providencias de la Sala de Casación Penal, entre ellas, la emitida en el radicado 56.097 del 22 de enero de 2020, manifestó:

“Lo anterior porque la negativa de las instancias a conceder la suspensión condicional de ejecución de la pena —artículo 63 del C.P.— obedeció a la necesidad de atender la prohibición contenida en el artículo 68A del estatuto penal, según la cual dicho subrogado no procede frente al delito de concierto para delinquir agravado que fue imputado y aceptado por los sentenciados, como se aprecia en la audiencia de verificación del preacuerdo en la que se declararon culpables del delito materia de imputación —concierto para delinquir agravado— **a cambio de que se les impusiera la pena correspondiente a la modalidad simple del dicho tipo penal.**

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

La defensa no puede aducir, por tanto, que la sentencia demandada en casación desconoció los términos del preacuerdo, pues se ajusta plenamente a las condiciones plasmadas en él."

Del mismo modo, en la sentencia con radicado 50.000 del 28 de febrero de 2018, se dijo:

"A pesar de las diversas interpretaciones dadas a las anteriores cláusulas, es lo cierto que en el acta de preacuerdo se consignó que ... se declaraba culpable del delito de concierto para delinquir agravado previsto por el artículo 340 inciso 2º del Código Penal.

A cambio, la Fiscalía se comprometió a retirar de la acusación «la causal de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal y por tanto para tasar la pena se tendrá la prevista para el punible de concierto para delinquir, partiéndose del mínimo previsto en el inciso primero de la norma en cita, esto en 48 meses».

El aparte transcrito ciertamente señala que el retiro de la agravación por parte de la Fiscalía obedeció a la necesidad de cumplir con la finalidad de garantizarle al acusado la pena de 48 meses de prisión acordada, que es precisamente la mínima prevista para la modalidad simple de ese punible contra la seguridad pública.

La defensa no puede aducir, por tanto, que la sentencia demandada en casación desconoció los términos consignados en el acta de preacuerdo, pues se ajusta plenamente a las condiciones plasmadas en ese documento.

Aún más, contrario a lo señalado por el demandante, cuando el juez de conocimiento solicitó claridad sobre lo pactado, el fiscal insistió en que «la consecuencia jurídica es del 50% efectivamente, pero tal como lo leyó el defensor, la cláusula que quedó es esa. En virtud de la aceptación de culpabilidad realizada por..., y conforme a lo previsto en el numeral 1º del artículo 350, la Fiscalía retira la causal de agravación del inciso segundo, partiéndose del mínimo previsto en el inciso primero de la norma en cita , esto es, 48 meses», con lo cual ratificó que lo acordado fue lo consignado en el acta correspondiente y que el retiro de la agravación se hizo para efectos de tasar la pena.

Más adelante, incluso, al oponerse a la solicitud del subrogado de suspensión de la ejecución de la pena invocado por la defensa, el funcionario indicó que «en virtud de la degradación que se hizo de rebajar la conducta no se desnaturaliza la conducta como tal sino lo que se busca es un beneficio punitivo, no un beneficio adicional como el subrogado que está solicitando el señor defensor. Porque si bien la pena imponible es la del inciso primero no quiere decirse que la conducta haya dejado de llamarse como se llama, es decir concierto para delinquir agravado y, por tanto, la fiscalía considera que existe la prohibición legal para conceder el subrogado».

Y en el radicado 49671 del cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), se indicó:

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA Y MODIFICA**

“Finalmente, debe anotarse que, como atrás quedó dicho, la procesada aceptó su responsabilidad por los delitos que le fueron imputados bajo la forma de intervención relativa a la coautoría, lo que comporta consecuencias jurídicas diferentes a aceptar responsabilidad en calidad de cómplice. Entre ellas, que para este caso la pena mínima para aquellos delitos, como requisito para la concesión de la prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal), es la prevista en la forma de participación criminal por la que se admitió la responsabilidad, esto es, coautora.”

Similar análisis se hizo en el radicado 46401

del 6 de noviembre de 2019:

“También resulta improcedente la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38B, toda vez que, como fue expuesto en las instancias, la pena para el delito de homicidio simple, objeto de aceptación, supera en su mínimo 8 años de prisión, lo que descarta la procedencia del citado sustituto en atención al factor objetivo, siendo necesario señalar que la circunstancia de exceso en la legítima defensa fue reconocida para efectos estrictamente punitivos.¹

En efecto, se estableció en el escrito de preacuerdo lo siguiente: «*No habrá ninguna otra rebaja de pena compensatoria por este preacuerdo. Se establece que el reconocimiento del exceso en la legítima defensa aquí preacordado obedece exclusivamente al interés de disminuir la pena a cambio de que el acusado se declare responsable del delito como lo establece el inciso 1° del artículo 350 del C. de P.P., sin que se entienda que se está modificando la adecuación de la conducta de forma que pueda afectar el principio de congruencia, al igual que el principio de legalidad.*».

En conclusión, estimamos que la sentencia apelada se ajusta a las exigencias legales y se ciñó al acuerdo que, libre, voluntaria y espontáneamente suscribió el ahora condenado, del cual surgió la negativa al otorgamiento del sustituto de la prisión domiciliaria.

Lo anterior, por cuanto al verificar los términos del preacuerdo, **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN** aceptó la responsabilidad penal por el delito de fabricación, tráfico, tenencia o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en calidad de autor, y por tal razón, por no cumplir con los requisitos estatuidos en el

¹ En similar sentido ver CSJ SP486-2018, Feb. 28 de 2018, Rad. 50000 y CSJ AP4889-2018, Nov. 14 de 2018, Rad. 53987, postura expresamente reiterada en CSJ AP5285-18, Dic. 5 de 2018, rad. 49671.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

artículo 38 B del Código Penal, no era posible otorgarle el sustituto que se reclama por vía de alzada, como quiera que entre ellos se encuentra, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

Por ello, acertó el Juez al negar la prisión domiciliaria, en tanto el cargo que aceptó el enjuiciado fue por el delito indicado, sólo que para efectos de punición se le degradó la forma de participación de autor a cómplice, estableciendo una pena a imponer de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

En conclusión, al no cumplirse el presupuesto objetivo establecido en el artículo 38 B del C.P., no se hace necesario analizar el factor subjetivo, en tanto ello no es relevante, toda vez que la pena mínima establecida para el delito endilgado es de nueve (9) años de prisión, y la norma exige que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

Así, conforme a las nuevas posiciones de las altas cortes que fueron referenciadas, vigentes para este momento actual, permiten afirmar que acertado estuvo el funcionario al negar el sustituto que ahora por vía de alzada reclama la defensa.

En consideración a lo dicho, se debe en este punto, confirmar la decisión de primera instancia, por cuanto, se reitera, no se cumplen la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 38 B del Código Penal, para conceder la prisión domiciliaria a

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN, dado que el delito por el cual aceptó su responsabilidad (artículo 365 del C.P), tiene una pena mínima superior a ocho (8) años de prisión.

OTRAS CONSIDERACIONES

Estima la Sala necesario pronunciarse sobre un aspecto que, aunque no fue objeto de cuestionamiento por el recurrente, es necesario abordar en desarrollo de la nueva normatividad que rige el tema de la destrucción de armas, en tanto en virtud de la labor interpretativa que nos corresponde, ya ha sido analizado en otras decisiones, y no es otro que el referente a la aplicación del artículo 563 del C.P.P.

Para llegar a tal conclusión, la Sala analizó lo dispuesto en los artículos 82 de la Ley 906 de 2004, 100 de la Ley 599 de 2000 y artículo 92 del Decreto 2535 de 1993, que por su pertinencia se hará una transcripción de las normas en cita.

El artículo 100 de la Ley 599 de 2000, establece lo siguiente:

"ARTICULO 100. COMISO. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, **a menos que la ley disponga su destrucción.** (...)."

Por su parte, el artículo 82 de la Ley 906 de 2004, preceptúa respecto a la procedencia del comiso:

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

ARTÍCULO 82. PROCEDENCIA. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

(...)

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, **a menos que la ley disponga su destrucción** o destinación diferente.

PARÁGRAFO. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.

Y, el Decreto 2535 de 1993, en su artículo 92, consagra:

ARTICULO 92. DECOMISO EN VIRTUD DE SENTENCIA JUDICIAL O ACTO ADMINISTRATIVO. En firme la sentencia o acto administrativo que, ordene el decomiso de un arma de guerra, ésta quedará a disposición del Comando General de las Fuerzas Militares quien podrá disponer de ella de conformidad con lo dispuesto en este Decreto, o asignarla a la Fiscalía General de la Nación, la Fuerza Pública, organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados de carácter permanente.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa reglamentará el trámite que deberá seguirse para el uso del material a que se refiere el artículo anterior.

Finalmente, el artículo 41 de la Ley 1826 de 2017, que creó el artículo 563 del C.P.P, expresamente dispone:

“**ARTÍCULO 41.** La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 563, así:

Artículo 563. Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por conductas punibles en las que se empleen como medios o instrumentos para su comisión, armas de fuego o armas blancas, una vez cumplidas las previsiones de este código relativas a la cadena de custodia y después de ser examinadas por peritos para los fines investigativos pertinentes, se procederá a su destrucción previa orden del fiscal de conocimiento, siempre que no sean requeridas en la actuación a su cargo.

PARÁGRAFO. La Fiscalía General de la Nación aplicará el procedimiento previsto en este artículo para las armas de fuego o armas blancas que actualmente se encuentran a su disposición.”

Ahora bien, al analizar el trámite dado al aludido proyecto en el Congreso de la República, encontramos frente a

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

la precitada norma, en la Gaceta 960 del 2 de noviembre de 2016, lo siguiente:

Texto aprobado en primer debate	Modificación	Justificación
<p>Artículo 41. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 563, así: Artículo 563. Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por conductas punibles en las que se empleen como medios o instrumentos para su comisión, armas de fuego o armas blancas, una vez cumplidas las previsiones de este código relativas a la cadena de custodia y después de ser examinadas por peritos para los fines investigativos pertinentes, se procederá a su destrucción previa orden del Fiscal del conocimiento.</p>	<p>Artículo 41. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 563, así: Artículo 563. Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por conductas punibles en las que se empleen como medios o instrumentos para su comisión, armas de fuego o armas blancas, una vez cumplidas las previsiones de este código relativas a la cadena de custodia y después de ser examinadas por peritos para los fines investigativos pertinentes, se procederá a su destrucción previa orden del Fiscal de conocimiento, <u>siempre que no sean requeridas en la actuación a su cargo.</u> Parágrafo. La Fiscalía General de la Nación aplicará el procedimiento previsto en este artículo para las armas de fuego o armas blancas que actualmente se encuentran a su disposición.</p>	<p>Se adiciona el artículo, a efectos de que tenga incidencia en la situación actual de los armerillos y almacenes de evidencias, en los cuales reposan elementos descritos en dicho artículo que ya no se requieren para las investigaciones correspondientes. Adicionalmente, se precisa que dicho procedimiento se aplicará respecto de los elementos materiales probatorios que ya no sean requeridos en la actuación correspondiente.</p>

En virtud de lo expuesto, esta norma que se introdujo a la Ley 906 de 2004, a través del artículo 41 de la Ley 1826 de 2017, ha de aplicarse, por lo menos esa es la filosofía que advierte la Sala, no solo a los delitos objeto del procedimiento abreviado, sino a todos aquellos en los que se empleen armas de fuego o armas blancas como medios o instrumentos para su comisión, en tanto es una norma posterior, y en los mismos artículos 82 de la Ley 906 de 2004 y 100 de la Ley 599 de 2000, se indica que procede el comiso a menos que la ley disponga su destrucción.

La finalidad del Congreso al adicionar el aludido artículo a la Ley 906 de 2004, tal y como se verifica en la justificación de la norma, era que en los armerillos y almacenes de evidencia dejaran de reposar esos elementos que no se requieren para las investigaciones correspondientes.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

Por ello, aun cuando esta situación fue regulada en la ley que establece el procedimiento abreviado, insistimos, la intención del legislador fue establecerla para todos aquellos delitos en los que se emplearan armas de fuego o armas blancas para su comisión, en tanto la redacción del artículo utilizó una acepción que, creemos, abarca no solo las conductas punibles para las cuales se estableció el procedimiento especial abreviado sino a aquellas que adelantándose por el trámite ordinario, en su comisión se empleen como medios o instrumentos para su comisión armas de fuego o armas blancas.

Aunado a ello no se observa que una contradicción entre las citadas disposiciones, en tanto lo que hizo el artículo 41 de la Ley 1826 de 2017, fue regular en concreto lo referente a la destrucción del objeto material del delito cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas como medios o instrumentos para su comisión, y en cuanto a lo dispuesto en el Decreto 2535 de 1993, en su artículo 92, ha de darse aplicación a lo establecido en la Ley 153 de 1887, respecto a la validez y aplicación de las leyes:

ART 1. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurrencia de oposición entre ley anterior y ley posterior, ó trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

ART 2. **La ley posterior prevalece sobre la ley anterior.** En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicarán la ley posterior.

ART 3. Estímese insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, **ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores**, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Así las cosas, en tanto el artículo 41 de la Ley 1826 de 2017 es una ley posterior y especial, por lo menos desde nuestra perspectiva, habrá de darse aplicación a su contenido.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

En virtud de lo expuesto, deberá revocarse el numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia objeto de revisión, en el entendido que no se ordena el comiso, sino la destrucción del arma de fuego tipo revólver marca Llama Cassidy, 38 SPL, Fabricada por Indumil Colombia, número de serie: IM4220E, acerado, empuñadura en madera, con seis (6) cartuchos calibre 38 de marca Indumil, siempre y cuando la fiscalía no necesite los aludidos elementos para fines investigativos, acorde a lo expuesto en el artículo 563 del C.P.P.

Ahora bien, consideramos que en punto a la naturaleza de la decisión judicial que se ha adoptado, esto es, la orden de destrucción del arma, no procede el recurso extraordinario de Casación, al tenor de lo establecido en los artículos 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR lo relativo a OTRAS DETERMINACIONES, a que alude el numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia emitida el veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021), por el Juez Veinte (20) Penal del Circuito de Medellín, en tanto se ordena la destrucción del arma de fuego tipo revólver, marca Llama, Cassidy, .38 SPL, Fabricada por Indumil Colombia, número de serie: IM4220E, acerado, empuñadura en madera, con seis (6) cartuchos

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA

calibre .38 de marca Indumil, siempre y cuando la fiscalía no necesite los aludidos elementos para fines investigativos, acorde a lo expuesto en el artículo 563 del C.P.P.

SEGUNDO: En contra de esta decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: CONFIRMAR el numeral TERCERO de la parte resolutive de la providencia objeto de revisión, en el sentido de negar a **FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN**, la prisión domiciliaria.

CUARTO: Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación que deberá interponerse en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes.

La lectura del fallo, conforme lo permite el artículo 164 de la Ley 906 de 2004, fue delegada en forma expresa por la Sala al Magistrado Ponente.

CÚMPLASE


RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

PROCESO: 05001 60 00206 2021 07124

DELITO: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones

PROCESADO: FAINER DUVÁN VELÁSQUEZ PULGARÍN.

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado