

Radicado: 05 001 60 00206 **2022-17126**  
Acusado: Juan Sebastián Muñoz Vergara  
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.  
Procedencia: Juzgado 3º Penal del Circuito de Medellín  
Objeto: Apelación sentencia condenatoria por preacuerdo  
Decisión: Confirma  
Magistrado: Luis Enrique Restrepo Méndez  
Sentencia No. 038-2023



### **SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)**

**Proyecto aprobado según acta Nro. 151**

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa contractual de **JUAN SEBASTIÁN MUÑOZ VERGARA** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Medellín, el 26 de junio de 2023, en la que lo declaró penalmente responsable por el delito Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, como consecuencia de un preacuerdo suscrito con la Fiscalía.

### **I. ANTECEDENTES FÁCTICOS**

Según la sentencia de primer grado, fueron los siguientes:

*“El 31 de julio de 2022 a eso de las 01:15 horas estando en labores de patrullaje y control funcionarios de la Policía Nacional en la carrera 82 A con calle 77 DD,*

*Barrio Robledo Horizonte, de Medellín observan un sujeto, le solicitan un registro, hallándole en el pretina del pantalón, 01 UN REVOLVER MARCA INDUMIL LLAMA SCORPIO, 38 SPL, # SERIE IM0071H, Y SEIS (6) CARTUCHOS EN EL TAMBOR, por lo que le leen los derechos como capturado por FABRICACIÓN, TRÁFICO PORTE O TENENCIA DE ARMA DE FUEGO ACCESORIOS PARTES O MUNICIONES, sin permiso para ello, se identifica como JUAN SEBASTIAN MUÑOZ VERGARA, y procedieron a ponerlo a disposición de la Fiscalía en la URI Centro. De acuerdo al estudio del arma y la munición resultaron aptos para cumplir el cometido para el que fueron fabricados”.*

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

El 1º de agosto de 2022 ante el Juzgado 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se legalizó la captura del ciudadano Muñoz Vergara, la fiscalía le formuló imputación en calidad de autor del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, descrito en el art. 365 del C.P. No hubo allanamiento a cargos y se le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

Posteriormente la fiscalía presentó escrito de acusación de fecha 28 de octubre de 2022, convocando a juicio criminal en los mismos términos de la imputación, asunto que le correspondió al Juzgado 3º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín quien convocó a audiencia de formulación oral el 12 de abril de este año. Una vez saneada la actuación la delegada del ente persecutor informó que mutaba el objeto de la diligencia porque había llegado a un preacuerdo con el procesado y su defensor, consistente en que **Juan Sebastián Muñoz Vergara** se declaraba culpable como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, conforme al artículo 356 del C.P., y **en contraprestación, la fiscalía degradaría la participación de autor a cómplice “solamente como ficción a efectos de disminuir la pena a imponer”**, la que se acordó en 54 meses de prisión, o lo que es igual 4 años y 6 meses.

El 26 de junio siguiente, la *a quo* aprobó el preacuerdo y dio paso a la audiencia de que trata el artículo 447 del C. de P.P., en ésta la fiscalía y la delegada del Ministerio Público indicaron que el procesado no tenía derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria.

La defensa por su parte, solicitó la prisión domiciliaria con fundamento en que el preacuerdo modificaba los extremos punitivos, por lo que era viable dar aplicación al art. 38B del C.P.

### **III. LA SENTENCIA OBJETO DE RECURSO**

La funcionaria de primer grado inicialmente indicó que en este evento existía un mínimo probatorio respecto de la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado Juan Sebastián Muñoz Vergara.

Enseguida señaló que la conducta desplegada por el procesado tiene correspondencia con el tipo penal de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones definido en el art. 365 del C.P., que tiene una pena de prisión de 9 a 12 años.

Aclaró que la fiscalía en uso de sus facultades legales de manera bilateral, decidió acordar, sin cambiar los hechos jurídicamente relevantes y realizar la ficción jurídica de variar el grado de participación de autor a cómplice como contraprestación por la aceptación de la responsabilidad penal por el delito de porte ilegal de arma de fuego, solo para efectos punitivos, de ahí que el único beneficio permitido es atenuar la sanción a imponer, por esa razón es que la sentencia se profiere en calidad de autor, por lo que resulta improcedente la concesión del sustituto penal dado que la pena mínima para el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones supera los ocho años de prisión que consagra la norma, como fundamento de su decisión trajo a colación una decisión de esta Sala dentro del radicado 05001600020621908485, del 11 de febrero de 2020 y algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia en los autos AEP00108 de 2019, con radicado 00153 y SEP011 del 17 de febrero de 2020.

De esa manera condenó a Muñoz Vergara a la pena de 54 meses de prisión por hallarlo penalmente responsable, en calidad de autor de la conducta punible contemplada en el artículo 365 del C. P., por el mismo lapso impuso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La defensa recurrió en apelación el fallo.

#### **IV. DEL RECURSO**

El defensor contractual de **Juan Sebastián Muñoz Vergara** interpuso y sustentó en tiempo oportuno el recurso de apelación. El motivo de disenso se fundamentó en que la a quo le negó a su asistido el sustituto de la prisión domiciliaria de que trata el art. 38B del C.P.

Señaló que la juez de primera instancia desconoció la pena establecida en razón del preacuerdo, misma que es de 54 meses, por lo tanto, es a la luz de este monto que se debe analizar la figura de los subrogados penales.

En ese sentido, solicitó que se revoque parcialmente la decisión de primer grado, y en su lugar se conceda el beneficio de la prisión domiciliaria de que trata el art. 38B del C.P., en favor de su representado.

No hubo pronunciamiento de los sujetos procesales no recurrentes.

#### **V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

2. Pues bien, ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando nos enfrentamos a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, en mayor grado, la competencia de esta Corporación.

3. Resaltado lo anterior, el problema jurídico postulado por el censor tiene que ver con establecer si el preacuerdo, tal como fue concebido por las partes y avalado por la judicatura, imponía el reconocimiento de la prisión domiciliaria a favor del procesado.

3. Para resolver el problema anunciado, el Tribunal empezará por realizar una breve reseña sobre el instituto de los preacuerdos y sus fines, para luego referir el contenido de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 52.227 del 24 de junio de 2020, criterio que posteriormente fue reiterado en la providencia con radicado 50.659 del 8 de julio de 2020. Por último, se aplicarán esos criterios al caso concreto.

4. Tal como lo ha venido reiterando esta Sala de Decisión, un sistema penal de juzgamiento, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, como política de Estado en materia criminal, tiene por finalidad contribuir a la lucha eficaz contra la impunidad y la criminalidad en general, propósito que tiene como objetivos específicos, entre otros, el fortalecimiento de la capacidad punitiva del Estado, concentrada en las funciones de investigación y acusación que le competen a la Fiscalía General de la Nación y la agilización en la administración de justicia mediante un proceso penal célere, aunque sin desconocer las garantías fundamentales de los procesados y de las víctimas.

Los fines acabados de destacar no son ajenos a los preacuerdos y negociaciones, respecto de los cuales se adicionan otros más específicos consagrados en el artículo 348 del C. de P.P. que sirve de encabezado al título II, capítulo único de ese ordenamiento que se ocupa de su regulación, fines como el de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con la conducta punible, obtener una participación activa del acusado en la definición de su caso, todo ello dentro de un marco de respeto por la legalidad, de las garantías fundamentales y de la necesidad de aprestar la administración de justicia.

No se trata de simples manifestaciones retóricas, sino de reales mandatos que deben ser observados por los involucrados en la administración de justicia. De no procederse bajo ese entendimiento, termina la administración de justicia utilizando los preacuerdos como simple mecanismo de descongestión de los despachos fiscales y generador de decisiones en serie que alimentan estadísticas sin contenido sustancial de justicia.

5. Precisamente, relacionado con lo acabado de exponer, la Sala de Casación Penal diferenció las distintas modalidades de preacuerdo, dejando ver las dificultades o problemáticas que ha desencadenado su aplicación. Fue así como diferenció entre los preacuerdos en los que se pacta una variación en la calificación jurídica sin base fáctica y aquellos en que se hace referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo y sin que ello comporte una variación en la calificación jurídica de la conducta imputada. Se transcriben *in extenso* los apartes correspondientes de la decisión dada su importancia:

**6.2.2.2.2. El cambio de la calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena**

Esta modalidad de acuerdo es la que suele generar mayores dificultades en la práctica, tanto por la trasgresión del principio de legalidad –en el sentido de la correspondencia entre las premisas fáctica y jurídica- como por su utilización para conceder rebajas punitivas desbordadas.

Ello sucedió, por ejemplo, en los dos casos analizados por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019, donde, sin ninguna base fáctica, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal (marginalidad, ignorancia o pobreza extremas), lo que dio lugar a que la pena prevista para el porte ilegal de armas de fuego se disminuyera en un 83%, así como a una rebaja igualmente considerable en un caso de abuso sexual donde aparece como víctima una mujer con discapacidad mental.

En estos casos el debate gira en torno a dos ideas centrales: (i) si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna base fáctica la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.

Lo anterior, sin perder de vista otros aspectos relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los subrogados penales, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.

...

**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 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.*<sup>1</sup>

### **Del caso concreto**

6. En el presente asunto, tal y como se dijo en los antecedentes de la actuación, el 12 de abril de 2023 la fiscalía indicó haber llegado a un preacuerdo con el imputado y su defensor. Para el efecto teniendo en cuenta los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación indicó que los términos de la negociación en relación con el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de que trata el art. 365 del C.P., consistía en que, por su aceptación de responsabilidad se degradaría su participación de autor a cómplice “*pero solo para efectos punitivos*” de esa manera se pactó una pena de 54 meses de prisión.

7. Aplicando la decisión de la Sala de Casación que fuera transcrita atrás, ninguna duda asalta al Tribunal en el sentido de estar frente a la segunda modalidad de preacuerdo, según la cual la calificación jurídica de la conducta se mantiene incólume y solo se trae a la escena procesal la rebaja que otorga un determinado instituto, la complicidad, a fin de aplicar una rebaja de pena determinada, se insiste, sin mutar la imputación fáctica ni mucho menos la calificación jurídica de la conducta.

Las partes fueron absolutamente claras, la figura de la complicidad era solo como ficción y a efectos disminuir la pena a imponer, es decir que sus efectos se extienden a lo estrictamente punitivo. Tan claro es el asunto que la Corte acudió a un caso idéntico para

---

<sup>1</sup> CS de J, SP2073-2020, 52.227 del 24 de junio de 2020, criterio reiterado en SP2295-2020 radicado 50.659 de 8 de julio de 2020.



referir un ejemplo de este tipo de acuerdo cuando dijo: 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.

Ante esa realidad, el análisis de procedencia de la prisión domiciliaria tenía que hacerse a la luz de la conducta por la cual se convocó a juicio al encausado y por la cual se halló responsable.

Expresado de diferente manera, si el ciudadano **Juan Sebastián Muñoz Vergara** fue condenado como autor del punible de porte ilegal de armas de defensa personal de conformidad con el artículo 365 del C.P., resulta claro que a esa disposición y a esa calidad del ejecutor debía remitirse la juez al momento de analizar la procedencia de la prisión domiciliaria, como en efecto lo hizo. Aquella norma, art.365 del C.P para el autor contempla una pena de prisión que oscila entre 9 y 12 años de prisión y con ello, la improcedencia del sustituto invocado se hace indiscutible. Los términos del preacuerdo, insiste el Tribunal, son absolutamente claros, así como sus efectos.

De ahí que indicar, como lo hizo el censor, que la concesión de la complicidad, vía preacuerdo, modifica los extremos punitivos, daría lugar, básicamente, a reconocer un doble beneficio prohibido por la ley, representado en el otorgamiento de un subrogado improcedente. El art. 351 inciso 2º se señaló que “*si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo*”. Por tanto, la Sala es insistente en indicar que el parámetro para fijar la pena no lo impone el delito aceptado sino el acusado. De ahí que si se habla de un porte de arma de defensa personal se tiene que la sanción mínima supera el requisito objetivo de 8 años, pues en este evento concreto la sanción mínima es un año superior. En consecuencia, esa pena de 9 años de prisión hacía improcedente el reconocimiento de la prisión domiciliaria de que trata el art. 38B del C.P., así la impuesta haya sido la de 4 años y seis meses.

En consecuencia, la sentencia de primer grado será confirmada.

Por lo anterior, **el Tribunal Superior de Medellín, en la Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la sentencia de origen, fecha y contenido indicados al inicio de este proveído.

Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**  
**MAGISTRADO**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
**MAGISTRADO**

**NELSON SARAY BOTERO**  
**MAGISTRADO**

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez  
Magistrado  
Sala Penal  
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Nelson Saray Botero  
Magistrado  
Sala Penal  
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 014 Penal

**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d06c7382ab72cb7d9d33a6a454ffb13fb2cda4104cd246387ec2ccdca7b5f688**

Documento generado en 31/10/2023 03:19:50 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**