



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Anticipado: 2021-00897

Aprobado mediante acta: 93

Medellín, junio nueve (9) de dos mil veintitrés (2023).

El 11 de abril último, con fundamento en un acuerdo, la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí condenó al señor **Diego Armando Vera Agudelo** como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, que describe el artículo 365 del Código Penal, y su defensor inconforme con la decisión, la apeló, razón por la cual procedemos al análisis y solución del recurso.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

El 27 de enero 2022, en audiencia que estaba prevista para formular acusación, las partes presentaron un acuerdo en el que, a cambio de la degradación de la conducta como

cómplice, el acusado **Vera Agudelo** admitía que el 25 de noviembre de 2021, a eso de las 8:20 de la noche, en la carrera 49 - 52 del municipio de Itagüí, al interior del vehículo con placa JFW834, portaba un arma de fuego tipo pistola y un proveedor, sin permiso de autoridad competente, respecto de los cuales se indicó que se encontraban en buen estado de conservación y funcionamiento y que eran aptos.

En ese sentido, la fiscal expuso que además de la degradación de la forma de participación, conforme al artículo 30 del C.P., habían pactado una pena de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

El Juez aprobó el acuerdo y en sentencia del 11 de abril último, se impuso la sanción acordada de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y en igual lapso fijó la inhabilitación de derechos y funciones públicas. También se asignó como pena accesoria la privación del derecho a la tenencia y porte de arma por el término de seis (6) meses.

Dispuso el cumplimiento de la privación de la libertad en un centro carcelario ya que no tiene derecho a ninguno de los sustitutos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, concretando respecto de esta última que, pese al requerimiento del defensor, el acuerdo consistió en conceder la ficción de complicidad, de que trata el artículo 30 del C.P., solo para establecer el monto de la pena, por lo que en tal sentido *"la punibilidad abstracta es la analizada al momento de conceder los sustitutos de la prisión intramural, es decir, se verifica el tipo penal imputado y acusado, no el preacordado"*.

Adujo que el acuerdo ceñido a la tipicidad plena en virtud del principio de legalidad de conformidad con los hechos jurídicamente relevantes y la conducta tipificada en la imputación y en la acusación, exigen que en este sentido se analice el otorgamiento de los sustitutos, el delito originariamente contempla una pena mínima de prisión que supera los 8 años (9 años), por lo que se supera el límite mínimo, lo que trunca de plano la posibilidad de acceder a ese beneficio y continuar analizando los demás tópicos.

Se reconoció al procesado el tiempo que lleva privado de la libertad en el domicilio por cuenta de este proceso, como pena cumplida de la prisión impuesta, y se dispuso que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la lectura la sentencia, tendría que presentarse ante el establecimiento que vigilaba la detención domiciliaria, so pena de incurrir en la conducta de fuga de presos, y que fenecido el plazo se libraría orden de captura.

2. La apelación.

El defensor interpuso el recurso de apelación con la pretensión del otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Consideró que debe aplicarse lo que ha venido reiterando la Sala de Casación Penal de la Corte en varias sentencias (entre ellas, los radicados 45181, 46684, 44562) cuando indica que, en el análisis del sustituto de la prisión domiciliaria se debe tener en cuenta la pena acordada, transcribiendo en ese sentido apartes de esas decisiones.

Desde otra arista, manifestó que en relación con las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes, la Juez se limitó solo a parafrasear la intervención de la defensa indicando qué medios de prueba aportaba, sin valorarlos, tampoco tuvo en cuenta la situación personal del condenado ni motivó la importancia que tenían aquellos para sopesar si era necesario o no, que Diego Armando Vera Agudelo ejecutara la pena en su domicilio.

Resaltó que debía tenerse en cuenta que el 22 de diciembre de 2021 un juzgado de control de garantías otorgó permiso para laborar al procesado, y desde esa fecha *"su labor ha sido impecable, correcta y respetando los horarios de trabajo previamente autorizados"*. Por tanto, si el condenado ejecuta la sanción dentro del establecimiento penitenciario, las formas de trabajo serían escasas y las condiciones de vida deplorables para una persona que puede cumplir su pena en casa.

Solicitó, entonces, se revoque la decisión de primera instancia, en el sentido de permitir la concesión de la prisión domiciliaria al señor Diego Armando Vera Agudelo.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que nos corresponde resolver reside en establecer si resultaba procedente el otorgamiento de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 del Código Penal para el señor **Diego Armando Vera Agudelo**, y cuya negativa es reprochada por su defensor esencialmente por el

reconocimiento final de una pena inferior a la exigida conforme a los términos del acuerdo, que al haber sido aprobado, modificó los extremos punitivos de la pena, superando con ello el requisito objetivo de "*Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*", que dispone el canon 38B de la misma norma.

Los términos del acuerdo presentado por la fiscal en audiencia del 27 de enero del presente año, consistieron en degradar la participación del señor **Diego Armando** de autor a cómplice, y con base en ello imponer la pena de 54 meses de prisión por la conducta de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, descrito en el artículo 365 del Código Penal.

Con esta base, debemos examinar la postura que actualmente tiene establecida la jurisprudencia, especialmente a partir de las sentencias de la Corte Constitucional SU479 del 15 de octubre de 2019 y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 24 de junio de 2020 (SP2073-2020- radicado 52227), que señalan un derrotero de análisis.

El apelante no discute que el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, conlleva una pena de prisión de 9 a 12 años, conforme lo determina el artículo 365 del Código Penal. La censura se centra en que, al haberse acordado la degradación de la conducta del acusado a la complicidad, se estima que fueron modificados estos límites legales establecidos por el

legislador, pero conforme a los términos del acuerdo, la tesis resulta equivocada, porque se le está dando al mismo un alcance que no tiene.

El examen de la Juez fue correcto. El acusado aceptó la responsabilidad penal por el delito contra la seguridad pública y como contraprestación se le concedió la rebaja de la pena según lo autorizado para la complicidad, como ficción y con la única finalidad de rebajar la pena conforme fue presentado por la fiscal: *"sin modificar obviamente ni los hechos ni el delito, solo con miras a rebajar la pena, esto es, como una ficción para efectos de la punibilidad"*, explicó en su exposición.

A continuación, se realizó el control de legalidad verificando la aceptación libre, consciente y voluntaria del acusado y el mínimo de soporte probatorio, corroborando los términos de este con el defensor, quien solicitó su aprobación.

En estas condiciones, ningún error se advierte en la sentencia. En este tipo de negociaciones se reconoce la disminución de pena por la admisión de cargos, pero de ninguna forma se está declarando que los sucesos relevantes atribuidos consistieron en que el acusado prestó una ayuda a otra persona para que realizara una conducta antijurídica o aportó una ayuda posterior por concierto previo o concomitante. A los hechos, esto es, que el acusado es autor de un porte ilegal de armas, se les dio la calificación jurídica que correspondería según la Ley, respetando de esta forma la sentencia de la Corte Constitucional C 1260 de 2005.

Esta particular modalidad (*"la referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo"*), que difiere de otras formas de pactos, que es lo que deseamos enfatizar en este caso, fue expuesta por la Sala de Casación Penal de la Corte en la sentencia antes identificada, en los siguientes términos:

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.

Se concluye que la rebaja de la pena únicamente fue otorgada como contraprestación punitiva concedida por su admisión bilateral de cargos y de ninguna forma se declaró penalmente responsable como cómplice, razón por la cual el delito aceptado como autor tiene pena de prisión mínima de 9 años y, por tanto, no se satisface el primero de los requisitos alusivo a que se debe proceder por "*conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*"¹, resultando irrelevante la verificación del cumplimiento de los demás requisitos, como equivocadamente lo pretende el defensor.

El censor aludió a varias decisiones de la Corte del año 2016 que soportan su sustentación acerca de la modificación de los extremos punitivos, y aunque no desconocemos la postura que hace algunos años tuvo esa Corporación (como en la sentencia SP3103-2016 del 9 de marzo de 2016, radicado 45181), acerca de la tesis de que debía tenerse en cuenta, aún en los preacuerdos, las circunstancias modificadoras de esos extremos, entre ellas los dispositivos amplificadores del tipo, para la concesión de los sustitutos, aquel planteamiento fue revaluado por la sentencia inicialmente referenciada, por

¹ Numeral 1 del artículo 38B del Código Penal.

lo menos respecto de esta forma de terminación anticipada, cuando no hay correspondencia entre los hechos aceptados y la aplicación de una norma penal más favorable para efectos punitivos, con la consecuencia clara relacionada de que *“la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja”*.

Adicionalmente, este tema ha sido analizado en diferentes decisiones por la Corte, con la conclusión de la improcedencia de los sustitutos porque el reconocimiento de circunstancias adicionales modificadoras de la sanción (dispositivos amplificadores o atenuantes) iba dirigido exclusivamente a un descuento punitivo como fundamento de una negociación. Por ejemplo, en sentencia del 6 de noviembre de 2019 (SP4860-2019, rad. 46401):

“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”².

Igualmente, en el fallo del 14 de noviembre de 2018 (AP4889-2018, radicación 53987), expuso a manera de crítica que:

² CASO: “En audiencia del 25 de septiembre de 2014, el juzgador aprobó el preacuerdo presentado por la Fiscalía, en virtud del cual CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN aceptó los cargos que fueron objeto de acusación, a cambio del reconocimiento, para efectos punitivos, de la circunstancia de exceso en la legítima defensa –artículo 32, num. 7º, inc. 2º, del C.P.”

“En el caso concreto, la decisión del *a quo* y del *ad quem* quebrantaron los principios de legalidad, tipicidad y debido proceso en la aplicación del preacuerdo, dado que los límites fijados por el Fiscal, el procesado y el defensor, debieron respetarse por los juzgadores, ellos pactaron la aceptación de responsabilidad y condena en calidad de autora por los delitos cometidos de homicidio en tentativa y lesiones personales, en concurso homogéneo. Expresamente, se reitera, la responsabilidad en calidad de autora no se modificó con el preacuerdo, únicamente se aludió a la calidad de cómplice pero con la decisión que se tuviera en cuenta esa condición solamente para efectos de la pena, tal y como se constata con la transcripción del preacuerdo hecho en el numeral 2 del acápite que registró la actuación procesal cumplida”³.

Por último, en la sentencia del 5 de diciembre de 2018 (AP5285-2018, radicación 49671):

“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”⁴.

³ CASO: “Por lo anterior, al día siguiente, la Fiscalía General de la Nación le atribuyó a YURI TERESA CAUCALÍ HERNÁNDEZ la realización de los delitos de *homicidio en tentativa y lesiones personales*, según lo previsto en los artículos 27, 103, 111 y 112 inciso 1º de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con la modificación que a los tipos básicos introdujo el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. La imputada no aceptó los cargos. Posteriormente, YURI TERESA CAUCALÍ HERNÁNDEZ hizo un acuerdo con la Fiscalía, en el sentido de aceptar los cargos «*a cambio de que se le reconociera la pena prevista para el cómplice*»³ y este fue el pacto celebrado, tal como se transcribe a continuación”.

⁴CASO: “Habiéndose citado para audiencia preparatoria el 29 de enero de 2016, fiscalía y defensa solicitaron la suspensión de la diligencia para considerar la posible realización de un preacuerdo. Fue así como el 30 de

En estas condiciones, para la Sala resulta suficiente la argumentación que en este sentido realizó la Juez, si se tiene en cuenta la actual postura que maneja la jurisprudencia, por lo que la ausencia de argumentación y valoración que se discute respecto de los elementos aportados en la audiencia de traslado del artículo 447 del CPP, en relación con las condiciones individuales, familiares y sociales, y el permiso para laborar que tenía, no tiene ninguna incidencia.

Ante el incumplimiento del requisito objetivo del mínimo de pena exigido para su procedencia (de 8 años), la valoración acerca de cualquier elemento relativo al arraigo familiar y social (en este caso fotografías familiares, declaraciones extraproceso, permiso para laborar) resulta intrascendente porque por el principio de legalidad, el sustituto resulta improcedente, y ningún otro pedimento, por ejemplo respecto de la condición de padre cabeza de familia, fue realizado, como para entender una real omisión en la argumentación.

Por lo anterior, al encontrar que la decisión de primera instancia fue correcta y tuvo en cuenta todas las aristas de análisis que obligaban su pronunciamiento, se confirmará la sentencia.

marzo de ese año, se instaló la audiencia verificación del acuerdo, el cual consistió en que la acusada MOSCOTE PANA aceptaba los cargos por los cuales se acusó, a cambio de obtener como único beneficio la degradación en la forma de participación criminal, de coautoría a complicidad. El acuerdo fue aprobado por el juzgado, anunciándose así el sentido del fallo condenatorio”.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Confirmar la sentencia que por apelación se revisa.

Se informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación, si es del caso virtual.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN