



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**EYDER PATIÑO CABRERA  
Magistrado Ponente**

**SP7100-2016  
Radicación N° 46101  
(Aprobado acta N° 167)**

Bogotá, D. C., primero (1°) de junio de dos mil dieciséis (2016).

**MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto por el defensor de **YERSON BLADIMIR SOSA RODRÍGUEZ**, contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2015 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pacho y condenó al procesado como autor del delito de fabricación, tráfico,

porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

## HECHOS

El *Ad quem* resumió la cuestión fáctica conforme al acta correspondiente al preacuerdo de la siguiente manera:

La noche del 27 de septiembre de 2014 a las 21:00, el Ejército Nacional en cabeza del cabo tercero BYRON AMIR CARRASCAL NAUTA, se encontraba haciendo puesto de control en el centro poblado La Magola del Municipio de Supatá, fue así como por el lugar transitaban dos personas a bordo de una motocicleta, haciéndoles el correspondiente pare y requisita hallando en poder del parrillero, quien se identificara como YERSON BLADIMIR SOSA RODRÍGUEZ, a nivel de la pretina del pantalón, parte derecha, una pistola marca CZ Browning, modelo 83, calibre 7.65, número de serie borrado, empuñaduras y cachas plásticas color negro, funcionamiento semiautomático, fabricación original, con proveedor y seis (6) cartuchos para la misma. Como quiera que éste no presentó el respectivo permiso, fue incautado el artefacto y accesorios y capturado en flagrancia.

Los citados elementos fueron objeto de análisis por balística, concluyendo su aptitud para disparo y según información obtenida del CINAR por el patrullero JUAN DAVID MARTÍNEZ BERMÚDEZ de la Sijin, dicho ciudadano no aparece registrado con permiso para el porte y tenencia de armas de fuego<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Folios 13 y 14 Cuaderno del Tribunal.

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

1. El 28 de septiembre de 2014, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Topaipi (Cundinamarca) en turno de control de garantías de fin de semana, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura e incautación de elementos y formulación de imputación por el delito de fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, contra **YERSON BLADIMIR SOSA RODRÍGUEZ**.

No se le impuso medida de aseguramiento porque la Fiscalía retiró la solicitud, y se le otorgó la libertad inmediata<sup>2</sup>.

2. El 7 de octubre de ese año, las partes allegaron acta de preacuerdo, haciendo constar que frente a la conducta imputada, en la modalidad de portar, cuya pena mínima es de 108 meses de prisión, se modifica la participación del implicado de autor a cómplice, por lo cual, en virtud de lo dispuesto en artículo 30-3 del Código Penal, la sanción que corresponde para las penas principal y accesorias, es la de 54 meses<sup>3</sup>, por haberse pactado la sanción mínima.

3. El 15 de diciembre siguiente tuvo lugar la audiencia de verificación de preacuerdo y sentencia, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho, Cundinamarca, despacho que condenó al procesado como responsable de la conducta

---

<sup>2</sup> Folios 6 a 9 Carpeta de garantías.

<sup>3</sup> Folios 19 a 23 Carpeta de conocimiento.

punible objeto de imputación y posterior preacuerdo, prevista en el artículo 365 del Código Penal, a título de cómplice.

Le impuso, cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y, por el mismo término, las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de arma.

Le otorgó la prisión domiciliaria, al tiempo que decretó el comiso del arma incautada<sup>4</sup>.

4. El 27 de marzo de 2015, el Tribunal Superior de Cundinamarca, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, modificó la decisión del *A quo* en el sentido de revocar la concesión de la prisión domiciliaria y, por consiguiente, librar orden de captura contra **YERSON BLADIMIR SOSA RODRÍGUEZ**<sup>5</sup>.

5. Por auto del 24 de febrero del año en curso, la Corte admitió el libelo presentado por el defensor del procesado<sup>6</sup>, por lo cual se llevó a cabo la correspondiente audiencia de sustentación<sup>7</sup>.

## **LA DEMANDA**

Un cargo formula el defensor, con apoyo en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, «*por haberse dictado*

---

<sup>4</sup> Folios 39 a 43 Ib.

<sup>5</sup> Folios 13 a 23 Cuaderno del Tribunal.

<sup>6</sup> Folio 5 Cuaderno de la Corte.

<sup>7</sup> Folios 20 y 21 Ib.

*sentencia violando las normas sustantivas del Código Penal en sus artículos 7º, 30 y otros».*

Comienza por señalar que la sentencia recurrida, a pesar de dejar en firme la pena de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión que le fue impuesta a su representado, le prohibió disfrutar del beneficio de la prisión domiciliaria, pese a reunir los requisitos legales.

Por lo anterior, considera que se vulneró el canon 32 de la Ley 1709 de 2014, porque allí no está consagrado el porte ilegal de armas como uno de los delitos excluidos del beneficio y si bien está sancionado con pena mínima de 9 años, *«al ser calificado como meramente complicidad el hecho de mi mandante, la pena se redujo...lo que significa sin el menor esfuerzo....que la responsabilidad que le cabe, no es precisamente la establecida para el delito pleno».*

Recuerda que el artículo 7º del Código Penal consagra el principio de igualdad para todas las personas, sin discriminación alguna, y que frente a la figura de la complicidad, la cual ha tenido diferentes interpretaciones, el precepto 30 *ejusdem* consagra una rebaja hasta del 50% de la pena, *«y de allí se colige que la gravedad para la responsabilidad del mero cómplice es eminentemente menor».*

Solicita se restablezcan las garantías vulneradas a su prohijado y se le conceda la prisión domiciliaria.

## **AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN**

1. El defensor del procesado ratifica, en términos generales, el cargo propuesto, con miras a la concesión de la prisión domiciliaria.

2. La representante de la Fiscalía considera que la censura debe prosperar. En concreto, refiere que se debe aplicar el criterio sentado por esta Corporación dentro del radicado 45181 del 9 de marzo del año en curso, donde se analizó un problema jurídico similar.

Precisa que en el preacuerdo nada se dijo sobre la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria, por lo cual es menester que se haga el análisis correspondiente, teniendo en cuenta la reducción prevista en el artículo 30 del Código Penal, por virtud de la complicidad, que va de una sexta parte a la mitad.

Estima inadmisibles que si se llega a un preacuerdo y como fundamento del mismo se degrada la participación de autor a cómplice, se desconozcan los beneficios que se obtienen de dicha condición, como lo hizo el Tribunal Superior de Cundinamarca, contrariando el principio *pro homine*, e igualmente estableció unas limitantes frente a las figuras de los preacuerdos y las negociaciones no contempladas en la ley.

Por último, destaca que en este caso la negociación se realizó dentro de los parámetros legales y con observancia de las garantías fundamentales.

Solicita se case parcialmente la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte fallo sustitutivo que atienda la pretensión del casacionista.

3. La representante del Ministerio Público advierte que aun cuando el Tribunal resumió, como uno de los puntos de la apelación, que el procesado registra antecedentes, lo cierto es que no tomó en cuenta este aspecto para revocar el beneficio de la prisión domiciliaria y, por tanto, no hará ningún reproche al respecto.

Según recuerda, esta Corporación tiene decantado que para la concesión de los subrogados o beneficios se tiene en cuenta la pena que en abstracto contempla el tipo penal objeto de condena, incluyendo todas las circunstancias amplificadoras del tipo.

En el caso de los preacuerdos, donde la Fiscalía varía, por ejemplo, el tipo de participación o excluye una causal de agravación punitiva, el acta respectiva constituye la acusación y la consonancia se ha de predicar entre dicho acto y la sentencia. Entonces, la conducta que sirve para determinar los requisitos objetivos de los beneficios o subrogados, es la señalada en el acta de preacuerdo y si éste no vulnera garantías fundamentales, es vinculante para el

juez, tal como se dijo, por ejemplo, en la SP931-2016, radicado 43356.

Así las cosas, el Tribunal, al concluir que el procesado no se hacía acreedor a la prisión domiciliaria por considerarlo autor de la conducta punible, y no cómplice, incurrió en indebida aplicación de la norma que regula el instituto y, por ende, se debe casar parcialmente el fallo recurrido.

### **CONSIDERACIONES**

1. Bastante se ha insistido que, luego de admitida la demanda, no hay lugar a pronunciarse sobre los defectos formales y de técnica que pueda presentar la invocación de la censura y su desarrollo, porque se entienden superados y lo que procede es resolver el problema de fondo.

2. Importa recordar que, en este caso, una vez la Fiscalía formuló imputación a **YERSON BLADIMIR SOSA RODRÍGUEZ** por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, se allegó preacuerdo en los siguientes términos:

1. Que se partirá del delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES**, como conducta imputada a título de **AUTOR**, VERBO RECTOR **PORTAR**, con una pena que oscila entre **nueve (9) a doce (12) años de prisión**.

2. Que con fundamento en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales y para efectos del presente **PREACUERDO**, se **modificará** como forma de concurrencia en la realización de la

conducta punible y como única rebaja punitiva, de **AUTOR** a **CÓMPLICE**.

3. Que atendiendo lo previsto en el **Art. 376 del C.P.**, la pena mínima para el delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO, Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES**, corresponde a **ciento ocho (108) meses de prisión** y en los términos del **Art. 30, inciso 3º**, para el **cómplice** corresponderá la pena prevista para la correspondiente infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad, restándose en este evento, la mitad, generando un total de **cincuenta y cuatro (54) meses**.

1. (sic) Que se impondrá como pena accesoria la señalada en los **Arts. 43-1 y 44 del C.P.**, esto es, la inhabilitación de derechos (sic) y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y la prohibición de portar armas de fuego<sup>8</sup> (Mayúsculas y negrillas originales).

Al respecto, la juzgadora de primera instancia, una vez le impartió aprobación, condenó al procesado como responsable de la señalada conducta punible «*en la modalidad de cómplice*», le impuso la sanción pactada y le otorgó la prisión domiciliaria.

El Tribunal Superior de Cundinamarca, al conocer del recurso de apelación formulado por la Fiscalía, revocó parcialmente la decisión del *A quo* y le negó el sustituto a **SOSA RODRÍGUEZ**, tras considerar que éste aceptó su responsabilidad a título de autor frente al tipo penal de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, sancionado con una pena mínima de

---

<sup>8</sup> Folio 36 Carpeta de conocimiento.

nueve (9) años, *«asunto distinto es que, como consecuencia del mencionado preacuerdo se haya pactado como única compensación por la aceptación de cargos que se degradaba la forma de participación de autor a cómplice»*<sup>9</sup>.

3. Como quiera que el libelista acude a la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, *«por haberse dictado sentencia violando las normas sustantivas del Código Penal en sus artículos 7º, 30 y otros»*, para controvertir esa decisión de segunda instancia que revocó al procesado la prisión domiciliaria, surge incontrovertible que cuenta con interés para recurrir porque, tal como se constata en el acta respectiva<sup>10</sup>, se trata de un aspecto que las partes no pactaron.

3.1. En lo sustancial, reaccrimina que el juez plural le prohibió a su defendido disfrutar del aludido derecho, pese a reunir los presupuestos legales para ello, por lo cual se desconoció el canon 32 de la Ley 1709 de 2014.

Por su parte, las representantes de la Fiscalía y del Ministerio Público son del criterio que la censura está llamada a prosperar porque el Tribunal se equivocó al desconocer la complicidad pre acordada para revocar al procesado la prisión domiciliaria.

3.2. Pues bien, lo primero que importa resaltar, para la solución del caso puesto a consideración de la Sala, es que

---

<sup>9</sup> Folio 19 Cuaderno del Tribunal.

<sup>10</sup> Folio 20 Carpeta de conocimiento.

la aceptación de responsabilidad por parte del acusado, por la vía del allanamiento a cargos o de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez, a quien le corresponde dictar el respectivo fallo anticipado, atendiendo a lo convenido por las partes, salvo que advierta vicios del consentimiento o vulneración de garantías fundamentales.

Recientemente así lo reiteró la Corte en CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 43356:

Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

De lo anterior deriva el primer desacierto del Tribunal, al escindir los efectos del preacuerdo bajo el entendido que **SOSA RODRÍGUEZ** aceptó su responsabilidad a título de autor frente al injusto contra la seguridad pública, sancionado con una pena mínima de nueve (9) años de prisión y que ello es distinto al pacto de degradar la forma de participación de

autor a cómplice, como única compensación por la aceptación de cargos.

Bajo esa errada creencia, estableció que no se cumple con el presupuesto objetivo consagrado en el artículo 38B, adicionado por la Ley 1709 de 2014, lo que estimó suficiente para revocar la prisión domiciliaria.

En casos como el presente, esto es, cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, «*examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice*», según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736, cuando analizó un asunto de connotaciones semejantes.

3.3. Otro desatino del juez plural, radica en declarar, con base en la jurisprudencia que cita<sup>11</sup>, que el preacuerdo es un fenómeno post delictual que no es posible considerar al momento de determinar la pena prevista en la ley.

En efecto, aduce que aun cuando los dispositivos amplificadores del tipo, como la tentativa, la complicidad, entre otras que menciona, deben ser considerados para efectos de determinar la pena mínima prevista en la ley, ello procede cuando se trata de situaciones o factores reales que

---

<sup>11</sup> Sentencia del 1º de junio de 2006, radicado 24.764.

guardan relación directa con la conducta punible por la cual se procede, *«pero no cuando se trata de fenómenos post delictuales como (...) los preacuerdos en los que se haya pactado (...) la degradación de la forma de participación (...) como compensación por la aceptación de culpabilidad, tal como ocurrió en este asunto, pues así lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte»*<sup>12</sup>.

Si, como se tiene dicho, los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, hacen parte integral de la justicia consensuada y si su finalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 *«es humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso»*, no es posible equiparar tales mecanismos con aquellas actitudes post-delictuales del procesado que no guardan relación con la conducta punible y que, por consiguiente, no pueden ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad porque operan, exclusivamente, con posterioridad a la concreta individualización de la pena.

3.4. En estas condiciones, surge imperioso recabar, como en muchas otras ocasiones (CSJ SP, 31 ago. 2005. Rad. 21720, entre otras), que para efectos de determinar la procedencia de la prisión domiciliaria, por conducta punible

---

<sup>12</sup> Folio 21 Ib.

...[d]ebe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian, y que modifican los extremos punitivos establecidos en la norma; y (3) que las circunstancias que sean tenidas en cuenta para incrementar la pena, deben haber sido imputadas en la resolución de acusación.

En relación con las circunstancias y modalidades conductuales concurrentes, que alteran los extremos punitivos de la conducta, y deben por tanto ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta, han sido señalados, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y complicidad), las modalidades de comportamiento previstas en la parte general del código (como la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira e intenso dolor; el exceso en las causales de justificación), y las específicas de cada tipo penal en particular, que amplían o reducen su ámbito de punibilidad (como las previstas para el hurto en los artículos 241, 267 y 268 del Código Penal).

En cambio, quedan por fuera todos aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta punible, por no encontrarse vinculados con su ejecución, sino con actitudes postdelictuales del procesado, cuya concurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada, como por ejemplo la confesión, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la sentencia anticipada, o la retractación en el falso testimonio.

En síntesis, por *conducta punible* para efectos de lo dispuesto en el artículo 38 numeral 1° del Código Penal, ha de entenderse la conducta propiamente dicha, con las circunstancias modales, temporales o espaciales que la califican o privilegian, o que de alguna manera los especifican, cuya concurrencia tiene la

virtualidad de incidir en el ámbito de movilidad punitivo previsto por el legislador, en cuanto determina la variación de sus extremos mínimo y máximo, como ocurre con los dispositivos amplificadores del tipo, la atenuante de la ira o intenso dolor, y demás hipótesis relacionadas a manera de ejemplo.

4. Según ha quedado establecido, el *Ad quem* desacertó al estimar que, en este caso, no había lugar a considerar la complicidad pactada para efectos de determinar la pena mínima prevista en la ley, porque no guarda relación directa con la conducta punible, entendido bajo el cual asumió que el procesado no tenía derecho al sustituto de la prisión domiciliaria por tratarse de autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas, municiones, partes o accesorios, situación que lo condujo a inaplicar, de manera directa, el artículo 38B del Código Penal (adicionado por la Ley 1709 de 2014, artículo 23), norma llamada a regular el asunto, atendiendo a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, 27 de septiembre de 2014.

La corrección del desacierto comporta señalar que **YERSON BLADIMIR SOSA RODRÍGUEZ** se hace merecedor a la prisión domiciliaria, como bien lo estableció la falladora de primera instancia, pues la calidad de cómplice implica que la pena prevista en el artículo 365 del Código Penal se disminuye de una sexta parte a la mitad, -artículo 30 *ejusdem*-, lo cual arroja un monto mínimo de cuatro (4) años seis (6) meses, con lo cual se satisface el requisito objetivo del precitado canon 38B, que prevé que se imponga sentencia por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

Adicionalmente, la Sala encuentra acreditado el arraigo del procesado, tanto así, que desde la formulación de imputación la Fiscalía retiró la solicitud de imposición de medida de aseguramiento por considerar que no existían elementos de juicio que permitieran suponer la no comparecencia al proceso. Además, según consta en la foliatura, se dedica a la agricultura, vive en unión la señora YOLANDA SALINAS ÁVILA, en la vereda San Marcos del Municipio de Supatá (Cundinamarca) y registra su número celular.

De otra parte, en punto de las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, que se determinaron por el mismo monto de la sanción principal, importa tener presente que en materia de preacuerdo no aplica el sistema de cuartos, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal, inciso adicionado por el canon 3° de la Ley 890 de 2004.

Consecuente con lo anterior, se procederá a casar parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior de Cundinamarca y, en su lugar, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pacho, por cuyo medio condenó al procesado como responsable, a título de cómplice, del delito previsto en el artículo 365 del Código Penal y le otorgó la prisión domiciliaria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**CASAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 27 de marzo de 2015 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, y en su lugar, confirmar la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pacho, por las razones expuestas en precedencia.

Las demás determinaciones permanecen incólumes.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Casación**

Radicado. 46.101

Acta 160 de 01-06-2016

Procesado: YERSON BLADIMIR SOSA RODRÍGUEZ

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego.

El suscrito Magistrado, con el habitual respeto que tengo por las decisiones de la Sala, procedo a señalar las razones por las cuales salvo el voto.

**1. ANTECEDENTES**

En la sentencia de casación referida se hicieron las siguientes precisiones:

El 27 de septiembre de 2014 YERSON BLADIMIER SOSA RODRÍGUEZ fue sorprendido portando una pistola CZ Browning, modelo 83, calibre 7.65 con proveedor y 6 cartuchos, arma que no contaba con salvo conducto.

Por lo hechos narrados la Fiscalía ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Topaipi (Cundinamarca) le formuló imputación por porte de arma de fuego y accesorios.

El 7 de octubre de 2014 preacordaron que la conducta imputada en la modalidad de autor se modifica la participación de autor a cómplice, por lo que la sanción es de 54 meses para las penas principal y accesorias.

Los fallos de instancia, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho y el Tribunal Superior de Cundinamarca, profirieron condena en los términos del preacuerdo, sentenciado a SOSA RODRÍGUEZ como responsable del delito de porte de armas de fuego de uso civil en la modalidad de cómplice, pero el ad quem le revocó la prisión domiciliaria y ordenó la captura, derecho que había sido otorgado por el a quo (fallos de 15 de diciembre de 2014 y 27 de marzo de 2015).

La Sala de Casación Penal, en la providencia referenciada, casó el fallo recurrido para confirmar la decisión de primer grado, arguyendo que fue desacertada la decisión del

Tribunal al hacer juicios de responsabilidad para el procesado como autor, condición diferente a la que genera el pacto que lo fue como cómplice, lo que incide en los mínimos de pena, en el primero 9 y en el segundo 4 años y seis meses de prisión, para determinar los requisitos del mecanismo otorgado.

2. La información registrada no deja duda que fiscal, defensor y procesado convinieron la responsabilidad por el delito imputado y como beneficio la menor pena que resultaba de la degradación de autor a cómplice, en otras palabras ese preacuerdo corresponde a la especie de que trata el inciso segundo del artículo 350 del C.P. que en este salvamento parcial de voto se denomina preacuerdo con degradación.

La Sala con el criterio mayoritario admite que en los preacuerdos, sin diferenciarlos, el juez debe declarar la responsabilidad y condenar por el delito en las condiciones preacordadas y no por el delito imputado, así se infiere del siguiente argumento:

“la aceptación de responsabilidad por parte del acusado, por la vía del allanamiento a cargos o de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solamente es vinculante para estos, sino también para el juez, a quien le corresponde dictar el respectivo fallo anticipado, atendiendo a lo convenido por las partes”

Para agregar luego con base en esa premisa que debía:

“examinar la pena sustitutiva de prisión extramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice”

3. A mi juicio se da a los preacuerdos con la decisión mayoritaria de la Sala un tratamiento unificado sin miramientos a que ese fenómeno jurídico se manifiesta a través de tres especies con estructura y alcances diferentes, amén de que se avaló un criterio improcedente para el preacuerdo con degradación.

Los fundamentos de mi salvamento son los siguientes:

#### **4. PREACUERDOS**

##### **4.1. Las finalidades.**

Al fijarse los alcances de los mecanismos de política criminal no pueden soslayarse ni siquiera parcialmente los fines perseguidos con los institutos de los allanamientos y

preacuerdos, que para nuestro medio están consignados en el artículo 348 del C de P.P. y que corresponden a la humanización de la actuación procesal y de la pena, la pronta y cumplida justicia, lograr la solución de los conflictos sociales provocados por el delito, la reparación integral de los perjuicios ocasionados, la participación del imputado en la definición de su caso, todo ello dentro de un marco de legalidad, de respeto por las garantías fundamentales, de prestigio de la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

#### **4.2. Modalidades de preacuerdos.**

El artículo 350 del C de P.P. establece tres modalidades de preacuerdos, a saber:

**4.2.1. Preacuerdo simple.** Preacuerdo conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1° del C.P.P).

Las partes admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones en que se precisaron en la formulación de la imputación, pero se acuerda la cantidad de rebaja de pena que habrá de hacerse a la sanción impuesta, dada la fase procesal en que ese convenio se

presente, además puede o no tener por objeto la negociación de subrogados o sustitutos penales.

En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación.

#### **4.2.2. Preacuerdo con degradación.**

Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable pero con eliminación de una causal de agravación punitiva o algún cargo específico.

Esta forma de preacordar está fijada en el inciso segundo del artículo 350 ídem, parte del supuesto que el Fiscal y el procesado aceptan que éste último se declara culpable del delito o los ilícitos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar o, en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia que se adicionó en la imputación, o acepte responsabilidad bajo la condición que se elimine cargo por uno de los atribuidos.

El beneficio debe consistir en la menor pena que represente por la eliminación de una agravante o un “cargo específico” (numeral 1<sup>a</sup> ídem).

La tipicidad que resulta del negocio jurídico en la modalidad de eliminación de una agravante no implica al menos la modificación de la adecuación del comportamiento en el tipo básico conforme al cargo jurídicamente atribuido en la audiencia de imputación, hay solamente una degradación por razón de una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena, tal sería el caso en el que se acepta responsabilidad por un hurto simple cuando venía siendo indiciado o acusado por un hurto calificado, o se atenúa la participación de autor a cómplice, o la forma de conducta de dolosa a culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.

En cambio, cuando el negocio jurídico consiste en la eliminación de un cargo, se parte de la base que se han imputado varias ilicitudes y la eliminación no de todas sino de una o algunas de éstas constituye el pacto, por tanto se acepta culpabilidad por los demás reatos que el convenio no suprimió pero que sí fueron registrados como imputación jurídica en la audiencia preliminar.

El juez deberá condenar por el delito imputado, el texto legal así lo indica, “el imputado **se declarará culpable** del delito **imputado**”, pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que surja como consecuencia de la eliminación de una agravante o cargo específico, que es representativa de una degradación.

#### **4.2.3. Preacuerdo con readecuación típica.**

Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable de un delito relacionado con el imputado pero de pena menor, es la modalidad de preacuerdo con readecuación típica de la conducta.

Esta modalidad de negociación está prevista en el inciso segundo del artículo 350 del C.P. Está condicionado el convenio a que la ilicitud por la que acepta responsabilidad el procesado no es exactamente la misma que se le atribuyó en la imputación conforme a la estricta tipicidad, sino una que no puede ser sustancialmente diferente o ajena al núcleo fáctico (como mutar una imputación de homicidio por hurto), tiene que estar necesariamente “relacionada” con el supuesto de hecho esencial o la conducta óptica y que tenga “pena menor” (ante un cargo por tentativa de homicidio aceptar lesiones personales, o frente a un peculado por apropiación

admitir un abuso de confianza calificado), caso en el cual la readecuación consiste en que la acción o la omisión se “tipifique” de “una forma específica con miras a disminuir la pena”, lo que implica una tipicidad básica o especial diferente a la estimada en la imputación.

El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por el imputado, pues se indica que “el imputado se declarará culpable..., de uno relacionado de pena menor”, debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.

La anterior solución traída por el legislador, que el imputado se declare culpable del delito “relacionado de pena menor”, por las razones que se ofrecen en los párrafos siguientes, no debe ser de recibo y la redacción de la disposición demanda de la jurisprudencia una precisión sistemática y armónica con el mecanismo del preacuerdo y con el orden jurídico, para que no se afecten garantías de la víctima ni los fines específicos de la institución en examen.

De otra parte, y, para el preacuerdo con readecuación típica, debe decirse que el inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., al referirse a las formas de preacuerdo por aceptación de responsabilidad por el delito imputado o aceptación de culpabilidad por el delito preacordado típicamente, indica el

beneficio con la frase “a cambio de que el fiscal” y enuncia seguidamente como posibilidades i) la eliminación de una agravante o cargo específico y ii) la tipificación de la conducta que implique una pena menor.

La redacción del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. pareciera permitir que los supuestos de los numerales 1 y 2 del inciso segundo se pueden aplicar a las dos modalidades de preacuerdo que allí se refieren (preacuerdo con degradación y preacuerdo con readecuación), pero un examen sistemático de este texto con el ordenamiento jurídico, la dogmática penal y sus principios, nos llevan a precisar que el preacuerdo con degradación solo admite el supuesto del numeral primero, esto es, debe permanecer inalterable el tipo básico que corresponde a la conducta óntica, en tanto que la del numeral segundo conlleva un cambio de tipicidad básica o especial y solo es propia o compatible con la aceptación de responsabilidad por un delito relacionado, en los términos ya explicados.

## **5. Argumentos de más que hacen viable la condena por el delito cometido e imposición de la pena que resulte del delito preacordado por degradación o readecuación.**

### **5.1. Afectación de garantías a las víctimas.**

El artículo 348 del C de P.P. anuncia como finalidad de los preacuerdos la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, éste interés constitucionalmente se le ha reconocido a la víctima como uno de sus derechos en el proceso penal, supuesto del que la jurisprudencia ha derivado las facultades para que intervenga y sea considerada en la actuación que se adelante y en las decisiones que se adopten, ejemplo de ello es la sentencia C-516 de 2007, en concordancia con los fallos C-1260 de 2005, C-457 de 2006 y C-209 de 2007.

La intervención de la víctima y sus derechos a la verdad, justicia y reparación tienen naturaleza constitucional, se derivan del numeral 7° del artículo 250 de la C.P.

## **5.2. Afectación de los fines de los preacuerdos y prohibición de autorizar los que afecten garantías.**

La Ley 906 de 2004 ha condicionado la eficacia de los preacuerdos a reglas tales como i) el reintegro del 50% del valor del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo y se asegure el recaudo del remanente (artículo 349 ídem), ii) la justicia del negocio jurídico, pues no pueden desprestigiarla (artículo 348-2 ibídem, iii) no son vinculantes

cuando desconozcan o quebranten garantías fundamentales (artículo 351, inciso 4 ejusdem).

### **5.3. Interpretación sistemática en torno al trato jurídico.**

Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado el legislador autorizó la condena por el delito imputado, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito que surge de la readecuación en el preacuerdo que conlleva esa modalidad, porque con esta última solución se afectan garantías fundamentales de la víctima.

### **5.4. Vulneración del debido proceso al declarar responsable a una persona por un ilícito que no cometió.**

Una de las expresiones del debido proceso se materializa cuando al procesado se le juzga y condena como responsable del delito cometido y no por uno diferente, lo que repercute en institutos como la reparación, la prescripción y el principio de legalidad, como se explica en este texto. La importancia de esta regla estriba en que la reparación e

indemnización de la víctima está en relación directa con la responsabilidad declarada y no con la pena impuesta, así lo declara expresamente el texto del artículo 2341 del C.C.

Por ende los derechos de las víctimas (verdad y reparación) no se afectan cuando en cualquiera de las especies de preacuerdos se mantiene la responsabilidad conforme al delito cometido y lo único que se modifica es la pena, estas mutaciones son las que corresponden exclusivamente a razones de política criminal, a las rebajas o beneficios por justicia premial.

**5.5. El beneficio que la ley le asignó a los preacuerdos fue una rebaja de pena no la modificación de la responsabilidad penal por el delito cometido.**

Las normas que integran la Ley 906 de 2004 y especialmente las que regulan los allanamientos y preacuerdos, registran que la intención del legislador con los preacuerdos, cualquiera sea su especie, fue la de otorgar una rebaja de pena como beneficio por aceptarse responsabilidad en el delito cometido, de ahí que las modalidades del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. no sean más que instrumentos para cuantificar la sanción como consecuencia de la culpabilidad. Así por ejemplo en los artículos 350, 351,

352 y 353 del C de P.P., entre otros, se lee: “con miras a disminuir la pena”, “pena menor”, “cambio favorable con relación a la pena”, “la única rebaja compensatoria por el acuerdo”, “la pena imponible se reducirá”, “los beneficios de punibilidad”.

La razón primordial por la que los beneficios por justicia premial no pueden desconocer la responsabilidad por el delito cometido es precisamente por las garantías constitucionales que corresponden a las partes e intervinientes del proceso, como lo son la verdad, la justicia y la reparación, las que se verían afectadas si se declara responsable a un procesado por un delito culposo cuando el cometido lo fue en modalidad dolosa, se subraya el problema es cuando se altera la responsabilidad no la pena.

El agravio de que se habla se advierte con facilidad si se tiene en cuenta que los perjuicios y la reparación deben corresponder a la responsabilidad penal declarada por el juez en la respectiva sentencia, decisión o declaración ésta que en el proceso penal o en uno de jurisdicción civil no se puede desconocer. En el ejemplo de marras, si la responsabilidad se declara por el delito imprudente aceptado en el preacuerdo, conlleva a que la reparación se rijan por la compensación de culpas y que esta forma de conducta genere una reparación menor si se compara con los guarismos a que

habría lugar de declararse la responsabilidad penal por el delito doloso realmente cometido.

Cierto es que la víctima no está obligada a aceptar los perjuicios del preacuerdo (artículo 351, inciso 6 del C de P.P.), pero ante la misma u otra jurisdicción el reclamo no puede desconocer la declaración de responsabilidad fundada en los supuestos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta en el proceso penal y por los que se le declaró responsable y condenó, como ha quedado expresado anteriormente. Que así lo es, lo ha reconocido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ejemplo de ello es la sentencia proferida el 6 de febrero de 2007 en el expediente con radicación 45.736, en la que se expresó:

“Y más recientemente, en sentencia 164 de 14 de octubre de 2004, expediente número 7637, dijo la Corporación: ‘para justificar las razones de tal influencia o interdependencia, ha puntualizado la Corte que los pronunciamientos penales ..., de suerte que, una vez sea decidido, en forma definitiva, un preciso punto por el juez penal, no es dable a otro, aunque sea de distinta especialidad, abordarlo de nuevo, pues se encuentra cobijado por la autoridad de la cosa juzgada, postulado que, ‘amén de precaver decisiones incoherentes y hasta contradictorias que tanto envilecen la confianza y la seguridad que los asociados deben descubrir en la justicia, rinde soberano homenaje a la sindéresis desde que parte de la premisa incontestable de que un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo. La verdad es única, ‘y no puede ser objeto de apreciaciones y decisiones antagónicas por parte de la justicia ordinaria, tales como que en lo penal se dijera que un mismo hecho perjudicial no fue obra del sindicato y en lo civil se

afirmase lo contrario' (cas. civ. de 29 de agosto de 1979. Cfme. cas. civ 12 de octubre de 1999, Exp, 5253)".

### **5.6. Condenar por el delito preacordado genera situaciones de impunidad y afectación de garantías.**

La declaración de responsabilidad por el delito cometido e imputado tiene consecuencias no solamente en el campo de la reparación sino también en otros fenómenos jurídicos que ello implica, como la extinción de la acción penal, la que se rige y contabiliza en el proceso por la tipicidad y responsabilidad declarada en la sentencia, según reiterada jurisprudencia de la Sala.

Si la sentencia no tiene en cuenta la responsabilidad imputada por el delito cometido sino la aceptada y readecuada en el preacuerdo, se generan factores de impunidad, injusticia, afectación de garantías a las partes e intervinientes, pues de esa manera los pactos pueden llevar a situaciones que impliquen la declaratoria de prescripción de la acción penal o evadir mandatos legales o constitucionales, como soslayar sanciones previstas a perpetuidad (inhabilitación de derechos y funciones públicas), prohibiciones de beneficios o sustitutos dada la naturaleza readecuarlos por tipicidades que las admitan, o

hacer pactos que lleven a aceptar como continuada una conducta que admita esa modalidad, conllevando la creación de cosa juzgada para otras investigaciones que se adelanten por separado, todo lo cual atenta contra garantías y son ajenas a los fines del instituto examinado.

Las premisas anteriores se explican con los siguientes ejemplos:

Los hechos ocurren el 1 de enero 2007, se le formula imputación en esa misma fecha a una persona por el delito de lesiones personales dolosas en la modalidad de deformidad física transitoria. Pasa el expediente con acusación a uno de los juzgados penales municipales de Bogotá, en donde cada despacho tiene más de 400 carpetas, como consecuencia de preacuerdo celebrado, en el que se degrada la modalidad de simple a cometida en estado de ira, en primera instancia (2009) y segunda (marzo de 2010) se le declara responsable del ilícito en mención en estado de ira.

En el ejemplo que viene de referirse, el artículo 113 del C.P., establece una pena para el autor de 1 a 6 años de prisión y multa de 15 a 25 SMLMV. La sanción con la Ley 890 de 2004 queda de 16 a 108 meses y la multa de 25 a 37.5 SMLMV.

Para la ira el artículo 57 del C.P. prevé una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo, quedando el marco de punibilidad para dicho ilícito de 2 meses y 20 días a 54 meses ( 4 años 6 meses) de prisión y multa de 4.15 a 20.75 SMLMV.

Si la sentencia lo declarara responsable por el delito cometido, autor de las lesiones personales de marras, la prescripción se contabiliza así: se interrumpió con la formulación de la imputación (1 de enero de 2007), la prescripción de la acción se contabiliza de nuevo a partir de esa fecha y por la mitad del término sin ser menor de 3 años, para el caso el máximo de la sanción prevista es 108 meses (9 años), significa que la acción se extingue en 4 años y 6 meses, los cuales irían hasta el junio de 2011, luego en el ejercicio propuesto los juzgadores actuación sin que la extinción hubiese operado.

Pero, siguiendo los datos registrados en el párrafo anterior, si el preacuerdo con la degradación referida se suscribió el 1 de octubre 2009, este pacto se ha firmado cuando la acción aún no ha prescrito por razón del delito cometido, pero con la declaratoria de responsabilidad por el ilícito preacuerdo que se hace en la sentencia el 1 de enero de 2010, habrá que prescribir la acción penal, como consecuencia de la regla jurisprudencial que la responsabilidad por tipicidad definida en la sentencia es la que se tiene en cuenta para la prescripción de la acción penal.

Y así es, como se ha explicado en el párrafo anterior, porque si la sentencia lo declara responsable como cómplice de las lesiones personales por perturbación funcional transitoria cometidas en estado de ira con pena máxima prevista de 54 meses ( 4 años 6 meses) , la prescripción una vez interrumpida con la imputación, el máximo de extinción sería de 2 años 3 meses, por lo que la prescripción ocurre en tres años, que en el ejemplo de marras sería el 31 de diciembre de 2009.

Si confrontamos los lapsos de prescripción por razón de la responsabilidad declarada en la sentencia, la del delito cometido o la del delito acordado, son enormes y en un país donde es imposible cumplir los tiempos procesales, los riesgos de impunidad no ser pueden despreciar.

Pero, además, cuál fue el propósito de política criminal, beneficiar al procesado con la prescripción de la acción penal o simplemente reducir la pena, innegablemente esta última fue la finalidad, por eso la naturaleza de los procesos abreviados impone declarar la responsabilidad por el delito cometido e imponer la pena del delito acordado, lo cual no causa daño a las partes, a los intervinientes ni a la justicia.

Obsérvese, una persona es procesada por el delito de peculado por apropiación doloso, que tiene para esa modalidad la pena a perpetuidad de inhabilitación de derechos y funciones públicas, si ese es el delito cometido y se le declara responsable no podría jamás ser elegido senador, contratar con el Estado, ser Presidente de la Republica, o desempeñar cargo público a futuro, sanción que se acarrea por mandato constitucional.

Si el procesado acepta responsabilidad y preacuerda que se le condene por una pena máxima en la modalidad culposa, de seguirse el criterio mayoritario de la Sala habría que condenarlo como responsable de delito de peculado culposo y no podría imponérsele la sanción constitucional de la inhabilitación de derechos y funciones públicas a perpetuidad, la pena iría como accesoria y cumplida se rehabilita para volver a contratar, ser congresista u ocupar dignidades del Estado. En cambio si se acepta que se le responsabilice por peculado doloso (delito consumado) y se le imponga la pena del peculado culposo (reato acordado), habría que sancionar con la inhabilitación perpetua. Esta última solución se antoja más aconsejable, exige la estricta tipicidad, impide la burla a los mandatos legales o constitucionales.

Lo propio ocurre cuando se hace preacuerdos por delitos que la Ley 1474 de 2011 los excluye de subrogados o beneficios, como por ejemplo, en **los ilícitos dolosos** contra la Administración Pública preacordar la modalidad culposa para beneficiar al procesado con la menor pena y de paso eliminar la prohibición para el otorgamiento de un mecanismo que está legamente prohibido, o admitir que se cometió concierto para delinquir agravado a cambio de que se le dé tratamiento punitivo de concierto para delinquir simple, y, así, muchos más ejemplos se pueden ofrecer de asuntos en donde el preacuerdo se convierte en un instrumento para jugar con la justicia, riesgo que se evitaría si se le condena por el delito cometido y se le impone la pena por el delito acordado como beneficio propio del preacuerdo.

### **5.7. La condena por el delito cometido no afecta la justicia premial.**

La propuesta formulada en este salvamento no afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, quien a ellos se somete recibe el beneficio punitivo que le corresponde, no se le niega, solo que se le declara culpable por lo que realmente hizo y como consecuencia de aceptar ese cargo se le impone una pena menor que resulta de la tasación conforme al ilícito acordado.

Queda así precisado por qué para resguardar garantías nunca se puede declarar responsable al procesado en los preacuerdos por la tipicidad convenida en el preacuerdo, sino por la que corresponde a la atribuida en la imputación y que obedece a la estricta tipicidad de los hechos, solo que la pena y los subrogados si deben corresponder a la sanción negociada en el *preacuerdo simple, degradado* o con *readecuación*.

### **5.8. Marco jurídico de las penas para subrogados y beneficios en los preacuerdos.**

Resta por decir que en los casos en que el subrogado o beneficio no está prohibido por la Ley, tales mecanismos se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, éstos últimos se apreciarán conforme a lo demostrado en el proceso y los primeros dependen de marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y es ese marco o la pena impuesta y no otros los que determinen si hay lugar a conceder o negar el sustituto penal.

Los supuestos para la definición de los subrogados, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscribe no

a la responsabilidad declarada sino sobre la a la pena  
impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta.

En las condiciones señaladas, me aparto del criterio  
mayoritario de la sala, porque a mi juicio refunde en una sola  
modalidad de preacuerdo las dos hipótesis del inciso  
segundo del artículo 350 del C.P.P. y les asigna el mismo  
tratamiento, cuando no es equivalente, como se vio, pues se  
sostiene que en todos los casos se debe condenar no por el  
delito imputado sino por la tipicidad que surja de la  
eliminación de una agravante, un cargo específico o una  
readecuación de tipo penal, solución ésta que no comparto,  
además que ello conlleva a admitir situaciones ilegales,  
desconocedoras de situaciones reglas por la Carta Política.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

*Fecha ut supra*