

Bogotá, 08 de marzo de 2021

**HONORABLES MAGISTRADOS
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BOGOTÁ D.C.
E. S. D.**

RADICADO CORTE: 54535 DE 2021
RADICACIÓN: 053606099057 2018 00308
PROCESADO: MAURICIO ANTONIO ORTIZ
DELITO: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O
TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO
ASUNTO: PRONUNCIAMIENTO SUJETO
PROCESAL NO RECURRENTE

Honorables Magistrados,

ANDRÉS FELIPE ARANGO GIRALDO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.031.147, portador de la Tarjeta Profesional No. 165.105 del Consejo Superior de la Judicatura, Defensor Público destacado ante los Tribunales Superior de Distrito Judicial de Medellín y Antioquia, en mi calidad de apoderado del sentenciado **MAURICIO ANTONIO ORTIZ**, recurrente en el asunto sometido al presente trámite, me permito emitir pronunciamiento en punto a la demanda de casación admitida en favor de mi asistido.

Pues bien, para la época en la que se interpuso y sustentó el recurso extraordinario que ahora se evalúa por la Honorable Sala existía disparidad de criterios en punto a la pena que debía tenerse como base para la concesión de la sustitución de la pena privativa de la libertad, conforme al artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, o bien para la gracia de la suspensión de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha discusión terminó por avalar la postura, tanto para la primera instancia, como para la Sala Mayoritaria en sede de segunda instancia, que daba lugar a tener como base para la concesión del beneficio aquella que efectivamente se cometió, y no la que fue producto del acuerdo, que para este caso, partiría de evaluar la posibilidad de dicha concesión para **Mauricio Antonio Ortiz**, no como **cómplice** de la conducta de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, sino como autor de la misma, supuesto bajo el cual, como lo consideraron las instancias, no resultaría viable la concesión del mecanismo sustitutivo de la pena.

Resulta claro, con independencia del cargo que se evalué, que el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 C.P.) por el cual fue acusado y sentenciado mi representado, no se encuentra enlistado en las conductas punibles objeto de prohibición del

Dirección: Carrera 35 No 15B 35, Oficina 811
Celular: (57) 301-748-16-31
anarango@defensoria.edu.co

sustituto de la prisión domiciliaria, razón por la cual el problema jurídico que debe resolver la Honorable Sala es si correspondía analizar la posibilidad de la concesión del mismo conforme a la calidad en la que efectivamente se actuó- como autor- o como fue objeto de acuerdo -cómplice.

Para la época de sustentación del recurso extraordinario se procuró la aplicación, por parte del suscrito recurrente del precedente vertido en los radicados C.S.J. SP18912 (46930) del 15 de noviembre de 2017. M.P. Fernando León Palacios Bolaños; C.S.J. SP16907 (46684) del 23 de noviembre de 2016. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; C.S.J. SP17024-2016 (44562) del 23 de noviembre de 2016. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero; C.S.J. SP7100-2016 (46101) del 01 de junio de 2016. M.P. Eyder Patiño Cabrera; entre otros, precedente, mediante el cual se establecía que, en tratándose de acuerdos y negociaciones, la procedencia de los subrogados penales se determinaba con base en la pena de la modalidad de la conducta acordada.

Igualmente, en aquella época, se procuró, que en punto a hacer efectivo el derecho de igualdad material de mi asistido, se aplicaran criterios igualitarios, como había sucedido en los precedentes citados, y en los que existía disparidad en la misma Sala Penal del tribunal Superior de Medellín conforme se señala en la demanda radicada, donde puede observarse la forma dísimil en la que por aquella época se fallo, en punto al problema jurídico que ahora se aborda, en este distrito judicial

Pues bien, para efectos de lo que en este escenario como sujeto recurrente se precisa, se tiene que bajo el primer cargo postulado, se consideró que **la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Distrito habría incurrido en violación directa de la ley sustancial por la interpretación errónea del artículo 38 de la ley 599 del 2000, modificado por el artículo 22 de la ley 1709 de 2017 y la interpretación errónea del artículo 38B de la ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 23 de ley 1709 de 2014.**

Ello por cuanto en los términos del acuerdo avalado se pactó una pena de cinco (5) años de prisión, en razón a la degradación que se realizó de la forma de participación de autor a cómplice del delito de Fabricación, tráfico, tenencia o porte de armas de fuego (art. 365 C.P.), **lo que alteró los extremos punitivos de la acusación de nueve (9) a (12) años, a cuatro puntos cinco (4.5) a diez (10) años de prisión** que como consecuencia del acuerdo (Art. 3^{ro} de la Ley 890 de 2004) conllevó a fijar la pena en cinco (5) años de prisión, lo que en los términos del precedente citado en la demanda admitida y el tenor de la norma interpretada de manera errónea daba lugar a considerar suplido el requisito objetivo para su concesión, ello bajo el precedente que se encontraba vigente al momento de los hechos entre los cuales se resalta la decisión del 19 de octubre de 2006 en la cual se indicó que¹:

¹ C.S.J., Sala de Casación Penal. Radicación 25724(19-10-06)

*“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 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.”². (Negrillas fuera del original)

Igualmente, en CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 43356 donde al evaluar un caso que en lo fáctico resulta análogo al presente se indicó que:

*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 a 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.***

...

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

² C.S.J., Sala de Casación Penal. Radicación, 21.720 año 2005

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.

Igualmente razonó la Sala en la providencia del 24 de febrero de 2016³ cuando comprendió que los acuerdos vinculan al Juez de conocimiento en la dimensión pactada, no siendo posible alterar los términos y efectos del acuerdo por parte del fallador de instancia. De este modo razonó la Honorable Corte:

4.1. Los juzgadores examinaron la procedencia de la prisión domiciliaria a la luz de la Ley 1709 de 2014, por considerar sus disposiciones, en concreto, las relativas al factor objetivo, más favorables. Sin embargo, para arribar a esa conclusión partieron de premisas erradas, esto es, que el marco punitivo a tener en cuenta para esos efectos es el previsto para el autor, cuando lo correcto es observar el del cómplice.

*4.2. Tal planteamiento se muestra incoherente frente a lo acordado por las partes en el preacuerdo, toda vez que allí no se convino una pena alternativa, como lo sugiere el ad quem, ni se estipuló el reconocimiento de un mero descuento punitivo, **sino la aceptación de cargos a cambio de que se degradara la forma de participación de coautor a cómplice.***

Del precedente vigente al momento de los hechos podía concluirse que **(i)** Los acuerdos y negociaciones realizados entre Fiscalía y defensa son vinculantes para estos, incluyendo al Juez, quien solo puede rechazarlos cuando desconocen garantías fundamentales; **(ii)** Resulta válido, como de antaño lo reconoce la Honorable Sala⁴ acordar sobre **el grado de participación**;; **(iii)** la degradación típica del comportamiento tiene incidencia en los sustitos penales que deberán verificarse conforme a los términos del acuerdo⁵; **(iv)** sin que al fallador le sea dable modificar o interpretar los términos del mismo en desmedro de los intereses del procesado.

El álgido debate que se ha trazado en la Jurisprudencia se ha intensificado desde la emisión de la Sentencia SU-479 de 2019 emitida por la Honorable Corte Constitucional que tuvo su desarrollo en la decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia en SP2073-2020 (52227) en donde, además de abordar varios problemas jurídicos se razonó en punto a:

³ C.S. De J., Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Radicado SP2168-2016 (45736) M.P. Eyder Patiño Cabrera.

⁴ C.S.J., Sala de Casación Penal. Radicación 25389(10-05-06)

⁵ C.S.J., Sala de Casación Penal. Entre otros, radicados 41.570, 46.101, 45.736.

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.** (Subrayas propias)*

En la misma providencia se analizó la tipología de diferentes acuerdos, entre ellos el que corresponde a (aparte 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** del cual se indicó que:

*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.***

Por último, y de manera más reciente en SP3002-2020 (54039) la Honorable Sala enfatizó en que

Lo anterior, sin perjuicio de que el acuerdo consista en tomar como referente una norma penal menos gravosa, no para que el juez emita la condena a la luz de un referente jurídico que no se ajuste a los hechos presentados por el acusador, sino para efectos de calcular la pena, evaluar la procedencia de subrogados penales, entre otros, según los términos del convenio, como sucede en el caso de quien indiscutiblemente es autor pero, en virtud del acuerdo, se le impone la pena que le correspondería al cómplice (SP2073-2020, rad. 52.227 y SP2295-2020).

*En este último evento resulta claro que: (i) las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta, siguiendo con el mismo ejemplo, de que el procesado es cómplice y no autor, ya que la alusión a la norma penal más favorable –**para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los términos del convenio-**, constituye, precisamente, el beneficio por someterse a la condena anticipada; (ii) todo bajo el entendido de que la condena se emitirá por la calificación jurídica que corresponda –autor, según este ejemplo-, **así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente**; (iii) el juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, bien por su pluralidad –prohibido expresamente por el legislador-, o porque el otorgado, por excesivo, resulte contrario a la necesidad de aprestigiar a la justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito; y (iv) igualmente, es su deber salvaguardar los derechos del procesado y de la víctima, sobre todo cuando esta es especialmente vulnerable (ídem).*

En el presente evento la rebaja concedida en virtud del acuerdo lo fue del 55.55% y sin que pueda entrarse de fondo en este escenario, se considera que no se tornó en desproporcionada. El problema radicó en la **falta de claridad en punto a la concesión del subrogado, que, aunque no fue pactado entre las partes, conforme al precedente vigente al momento de los hechos, debió ser concedido ante la evidente modificación de los extremos punitivos frente a la conducta objeto de persecución penal**, aspecto en el que erró la Honorable Sala demandada y en el que se precisa la intervención de la Honorable Sala Penal de la Corte para, que a través de un fallo de remplazo se corrija dicha irregularidad.

A igual sendero conduciría dar por acreditado el cargo segundo subsidiario esbozado, al tenor del cual se consideró que la Sala Penal **incurrió en la violación directa de la ley sustancial por la falta de aplicación del artículo 23 de la ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 38b de la ley 599 de 2000**, puesto que aun cuando se reconoció la validez del acuerdo,

existió oposición fue a la concesión del sustituto, no por cuanto se discutiera la postura mayoritaria de la Honorable Sala de Casación Penal vigente al momento del Juzgamiento, sino mejor, por una oposición frente a los efectos del mismo, puesto que, conceder el sustituto podría generar la sensación de impunidad y afectación a las víctimas, bajo criterios que no resultaban aplicables a un supuesto de atentado contra la seguridad pública como el que se juzgó en el presente asunto, puesto que, la prisión domiciliaria lejos puede estar de ser considerada como un tratamiento que conduzca a la impunidad, ni existe víctima concreta que reclame trato penitenciario distinto.

De allí entonces que, teniéndose un acuerdo válido, tanto bajo los parámetros en los que se juzgó la causa y el precedente a la época vigente, como en el actual lo propio resultaba interpretar el artículo 23 de la ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 38B de la ley 599 de 2000 conforme al precedente que obligaba tener el acuerdo como marco jurídico de la sentencia y tener la modalidad delictual pactada como el soporte para el análisis de viabilidad de los subrogados.

Cierto es, que debió existir claridad, como se demanda por la honorable Sala en SP2073-2019 (52227) sobre los alcances del acuerdo en punto a la concesión del sustituto, lo cual lastimosamente no sucedió, sin que tampoco se evidenciase una oposición del ente Fiscal al mismo, conforme se advierte del traslado en sede del artículo 447 del C.P.P., empero, resultaba legítimo guardar silencio por la Defensa – al menos a la altura del debate que conforme a la Jurisprudencia existía al momento del aval del acuerdo- pues existía una expectativa de acatamiento Jurisprudencial sobre el particular e igualmente, una creencia razonable de que, existiendo posiciones adversas no resultaría aplicable la más gravosas al procesado.

Finalmente considero que dicho tipo de vacíos ya han sido zanjados por la Jurisprudencia al reclamar la claridad en los acuerdos y su tipología, pero, en el asunto que se somete a consideración de la Sala, dicha falta de claridad se justifica en la expectativa ya expuesta que debe conducir a la Honorable Sala a casar el fallo de segundo grado demandado, ya sea dando por acreditado el primer o el segundo cargo, pues en esencia conducen al mismo resultado, por lo cual Ruego a la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que:

CASE la Sentencia de Segundo grado proferida por la Sala Mayoritaria del Honorable Tribunal Superior de Medellín, al haberse acreditado la violación directa de la ley sustancial en su vertiente de interpretación errónea del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 23 de Ley 1709 de 2014, modificando el numeral tercero de la Sentencia De Primer Grado y concediendo a mi representado el beneficio de la prisión domiciliaria, o de manera **SUBSIDIARIA** lo haga casando la sentencia antes referida al acreditarse la violación directa de la ley sustancial en su vertiente de falta de aplicación del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 23 de Ley 1709 de 2014, modificando el numeral tercero de la Sentencia De Primer Grado y concediendo el beneficio de la prisión domiciliaria.

Considero que ello resultaba lo justo tanto al momento del procesamiento, como al momento de la interposición y sustento del recurso extraordinario que hoy, como sujeto procesal recurrente sustento. En todo lo demás, me ratifico en los argumentos expuestos en la demanda admitida.

Por último , hago saber a la Honorable Sala que mi dirección de notificación física ha variado, pudiendo ser ubicado en la Carrera 35ª No 15B35 Oficina 811 de la ciudad de Medellín, en el abonado 301 748 16 31y Dirección de correo electrónico: anarango@defensoria.edu.co. Dirección a la que autorizo expresamente cualquier forma de notificación.

Mi representado **MAURICIO ANTONIO ORTIZ**, puede ser notificado en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Paz de Itagüí (Antioquia).

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

ANDRÉS FELIPE ARANGO GIRALDO
C.C. 8.031.147 de Medellín.
T.P. 165.105 del C.S. de La J.