



Bogotá, D.C., 30 de noviembre de 2021

**Honorables Magistrados  
SALA DE CASACIÓN PENAL  
MP Dr. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER  
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
Ciudad.**

Ref. Casación Radicado No. 59.127  
Contra: Velmer de Jesús Vergara Palacio  
Delito: Porte ilegal de armas

Honorables magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación, en el artículo 277-7 de la carta política, en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías de los intervinientes, me permito presentar concepto, frente a la demanda de casación. La cual, fue interpuesta por el procesado **VELMER DE JESÚS VERGARA PALACIO**, contra la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual CONFIRMÓ la condenatoria emitida el 5 de octubre de dicho año, por el Juzgado 11 Penal del Circuito de la misma ciudad, como autor del delito de Porte ilegal de armas, tipificado en el artículo 365 del Código Penal.

## **1. HECHOS**

La situación fáctica, fue resumida por el juez de segundo grado, del siguiente tenor literal:<sup>1</sup>

*“Los hechos tuvieron ocurrencia el 9 de junio pasado a las 20:00 horas, cuando personal de la policía nacional fue avisado de una riña en el inmueble ubicado en la calle 53 Sur número 70-95. Una vez en el lugar, escucharon una detonación y percibieron la presencia de un hombre en una terraza, quien con arma en mano les advirtió que no se acercaran o les disparaba, ante lo cual los policiales le ordenaron que bajara el arma. En ese momento hizo presencia en el lugar el ciudadano Daniel Vergara Holguín, quien se identificó como descendiente de aquel sujeto, ingresó a la casa, luego de lo cual se escucharon gritos que provenían de su interior, motivo por el cual los policías ingresaron por la fuerza al inmueble donde se encontraron con padre e hijo forcejeando por el dominio del arma. Los policías intervinieron despojando del arma al padre del joven, a quien identificaron como Velmer de Jesús Vergara Palacio. El elemento incautado corresponde a un revolver, marca llama, calibre 38, número de serie interno 03176, con seis cartuchos marca Indumil Special, uno de ellos percutido. El ciudadano Vergara Palacio carecía de permiso para su porte, por lo que fue capturado en el acto. Se acreditó que dicho elemento se encontraba en buen estado de funcionamiento.”*

## **2. DE LA DEMANDA**

El recurrente presentó los siguientes cargos, con el propósito de que se case el fallo del Ad quem:

---

<sup>1</sup> Fls. 1 y 2 fallo del Tribunal.



## 2.1. CARGO ÚNICO: Violación directa de la ley sustancial

Al amparo de las causales primera y segunda de casación, del artículo 181 del C.P.P., la censura acusó la sentencia de segundo grado, por desconocer el derecho fundamental a la igualdad y la dignidad humana: *“Con este ataque casacional pretendo demostrar que, en este asunto, se registró una violación directa de la ley sustancial, por cuanto, en su sentencia del día Trece (13) de Noviembre del año 2020, dentro del proceso de la referencia---confirmatoria del fallo de primer grado---, LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Magistrado Ponente Dr. LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ e integrada por los Doctores JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE y NELSON SARAY BOTERO, FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA, desconoció la presunción EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD y LA DIGNIDAD HUMANA y, como consecuencia de tal Violación de esa Garantía o Derecho Fundamental Constitucional, aplicó indebidamente una norma sustancial: Los Arts. 365 del C. Penal Ley 599/2000, que definen el Delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES EN CALIDAD DE COMPLICE (ART. 30 C.P.). y Denegó el Derecho a acceder a la Prisión Domiciliaria no obstante cumplir con las exigencias legales, y a sabiendas que no es un Beneficio, sino un Derecho.”*<sup>2</sup>

Añadió la demanda, que el Tribunal incurrió en el desconocimiento del principio general de favorabilidad, toda vez que el procesado: *“fue condenado como Coautor para efectos de la tasación de la pena, y se desconoce el principio general de LA FAVORABILIDAD, violentando flagrantemente el Derecho Fundamental a la Igualdad, las garantías procesales consagradas en el Art. 6to. Código Penal Colombiano (Legalidad – Favorabilidad) y Art. 7 Código Penal Colombiano en consonancia con el Art. 13 de la Constitución Política de Colombia como derecho fundamental”*.<sup>3</sup>

Estimó la censura la equivocación de los fallos, al denegarle la prisión domiciliaria, pues si bien el delito tiene una pena mínima de nueve años de prisión, no tuvo en cuenta el análisis de los parámetro subjetivos invocados: *“Ahora el yerro del Juez de Primera Instancia, es el mismo en que incurrían LOS HONORABLES MAGISTRADOS DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Magistrado Ponente Dr. LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ e integrada por los Doctores JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE y NELSON SARAY BOTERO, por sentencia del día Trece (13) de Noviembre del año 2020, al confirmar el fallo de primer grado, emitido por EL JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN-ANTIOQUIA y DESCONOCER O DENEGAR LA PRISIÓN DOMICILIARIA SOLICITADA POR LA DEFENSA toda vez que considera el Aquo que los verdaderos extremos punitivos para la conducta para el delito al tomar la pena mínima para el Delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES ART. 365 C.P la cual parte de 9 años, y al superar los ocho (08) señalados como presupuesto objetivo para esta figura, para el Aquo se tornó innecesario el análisis de los parámetro subjetivos invocados por la Defensa y el Ministerio Público, lo que a todas luces constituye una violación al derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política y artículo 7 del Código Penal, y también al principio de favorabilidad establecido en el artículo 29 de la constitución política y 6 del Código Penal.”*<sup>4</sup>

Añadió en su postura el recurrente, que los jueces omitieron el verdadero entendimiento que se le debía otorgar al artículo 38B del C.P., pues consideraron erradamente que debía tenerse en cuenta la conducta imputada en la acusación y

<sup>2</sup> Fls. 5 y 6 de la demanda de casación.

<sup>3</sup> Fl. 6 de la demanda de casación.

<sup>4</sup> Fls. 12 y 13 de la demanda.



consideran que los extremos punitivos para analizar la concesión de beneficios deben ser la establecida en el tipo penal y no la que fue objeto de acuerdo: *“El despacho de primera instancia y el Tribunal Superior de Medellín (Sala Penal) al Confirmar el Fallo adoptado, consideran que los extremos punitivos para analizar la concesión de beneficios deben ser la establecida en el tipo penal y de conformidad con EL PREACUERDO PRESENTADO Y AVALADO POR EL DESPACHO, COMO COMPLICE DEL PUNIBLE DE FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES ART. 365 C.P, 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 C.P.-, LO CUAL ARROJA UN MONTO MÍNIMO DE CUATRO (4) AÑOS SEIS (6) MESES,, calidad reconocida en el preacuerdo, y por el cual el señor VELMER DE JESÚS VERGARA PALACIO aceptó los cargos y en efecto fue condenado.”*<sup>5</sup>

### **3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar parcialmente la sentencia del Tribunal de Medellín**

#### **3.1. AL CARGO ÚNICO: Violación directa de la ley sustancial**

La censura planteó, que el fallo del Tribunal excluyó los derechos fundamentales a la igualdad y la dignidad humana, pues interpretó de manera errónea los artículos 38 y 38B del C.P., en relación con los requisitos para conceder la prisión domiciliaria en favor del procesado, ya que desconoció que se pactó con la Fiscalía, la degradación en su forma de participación en el delito de autor a cómplice del mismo, lo cual arrojaría una pena de 4 años y 6 meses de prisión.<sup>6</sup>

Esta Agencia del Ministerio Público, estima que le asiste razón al censor, pues en relación con la no concesión de la prisión domiciliaria en favor del procesado **VELMER DE JESÚS VERGARA PALACIO**, una vez revisados los fallos de instancia, se observa que el a quo tuvo en cuenta para la condena impartida contra el procesado, el acuerdo a que se llegó y se aprobó, en el cual se tasó una pena de 64 meses de prisión:<sup>7</sup> *“Para la fijación de la sanción el Juzgado tendrá en cuenta que la conducta de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones, contemplado en el artículo 365 del Código Penal, modificado por la Ley 1453 de 2011, en concordancia con la figura de la complicidad, apareja una sanción de cincuenta y cuatro a ciento veinte meses de prisión, lo que quiere decir que el monto de SESENTA Y CUATRO (64) MESES pactado por las partes, respeta el principio de legalidad de la pena, máxime cuando ellas no se encuentran atadas al sistema de dosificación por cuartos en los términos del artículo 61 inciso 5 del Código Penal, modificado por el canon 3 de la Ley 890 de 2004”*.<sup>8</sup>

Según refirió el fallo de primera instancia, destacó respecto a la prisión domiciliaria, que la primera exigencia para la procedencia de esa institución, radica en que la pena mínima abstracta de prisión prevista para el delito objeto de condena, no supere los ocho años de prisión:<sup>9</sup>

*“De otra parte, y en lo que respecta a la prisión domiciliaria, dígase que quedó suficientemente claro que el preacuerdo se establecía como una ficción dirigida a la dosificación de la pena, de ahí que el monto mínimo previsto en la ley corresponda al delito cometido en calidad de autor y no el acordado como cómplice, lo que significa que la aflicción mínima no sean Cincuenta y cuatro (54) meses (sic), Sino nueve años, Luego es claro que se superan los ocho (8) años señalados como presupuesto*

<sup>5</sup> Fls. 5 y ss. de la demanda de casación.

<sup>6</sup> Fls. 17 y 18 de la demanda.

<sup>7</sup> Fl. 4 fallo de primer grado.

<sup>8</sup> Fl. 3 del fallo del a quo.

<sup>9</sup> Fl. idem.



*objetivo para esta figura, aspecto que torna innecesario el análisis de los parámetros subjetivos invocados por la Defensa.”*

Continuó el fallo de primer grado, que la punibilidad para efectos de la prisión domiciliaria partiría de 9 años de prisión, incumpléndose de esa manera el requisito objetivo para la prosperidad de la gracia estudiada y decidió era improcedente su concesión al encartado:<sup>10</sup> *“En consecuencia, el procesado deberá cumplir la sanción en el lugar que -para el efecto determine el INPEC, teniendo como parte cumplida de la misma el tiempo que permaneció detenido en virtud de este proceso. Sin embargo, dada la divergencia de criterios al respecto, el Juzgado no dispondrá la conducción hasta el centro penitenciario hasta tanto la decisión no quede en firme.”*

Por su parte, la corporación de segundo grado, destacó a su vez, que en atención a que el procesado, en la negociación con la Fiscalía admitió su responsabilidad a cambio de que se degradara la forma de participación de autor a cómplice, respecto del análisis de procedencia de la prisión domiciliaria, señaló que la misma no era admisible al ser condenado como autor del punible de porte ilegal de armas del artículo 365 del C.P., el cual contemplaba una pena que oscilaba entre 9 y 12 años de prisión:<sup>11</sup> *“Ante esa realidad, el análisis de procedencia de la prisión domiciliaria tenía que hacerse a la luz de la conducta por la cual se impuso condena.*

*Expresado de diferente manera, si el ciudadano Vergara Palacio fue condenado como autor del punible de porte ilegal de armas de defensa personal de que trata el artículo 365 del C.P., resulta claro que a esa disposición y a esa calidad del ejecutor debe remitirse el juez al momento de analizar la procedencia de la prisión domiciliaria. Aquella norma, para el autor contempla una pena de prisión que oscila entre 9 y 12 años 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.”*

Sin embargo, la corporación seccional aclaró que la declaración de responsabilidad del procesado debía ser a título de autor, pues el supuesto fáctico así lo informaba y por ello se debía tomar la pena de prisión correspondiente a la de dicha calidad, ya que el a quo le otorgó a la complicidad el valor y la comprensión que le sugirieron las partes, es decir, limitada a efectos de la punibilidad, por ende, en el asunto bajo examen la pena mínima era de nueve años de prisión, lo cual impedía objetivamente la concesión del beneficio reclamado por el acusado.<sup>12</sup> *“En relación con los argumentos de la censura, hay que manifestar que el a quo le otorgó a la complicidad el valor y la intelección que le sugirieron las partes, es decir, limitada a efectos de la punibilidad. No fue más allá. El acusado aceptó su responsabilidad a cambio de que le aplicaran la pena correspondiente al cómplice, sin que ello mutara su proceder como autor, condición en la que sería condenado”.*

3El recurrente en su exposición, indicó que el ad quem interpretó de manera errónea el artículo 38B del C.P. al negar el sustituto de la prisión domiciliaria en favor del procesado, pues desconoció que de conformidad con el acuerdo a que llegó con la Fiscalía, su participación se degradó de autor a cómplice y por eso se fijó la pena en 64 meses de prisión y tenía derecho a la concesión del beneficio reclamado.<sup>13</sup>

Le asiste razón a la censura y el cargo entonces deberá ser atendido, toda vez que el fallo del Tribunal incurrió en la falta de aplicación de la norma anunciada, que dice relación con las directrices legales que regulan la institución de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 38B del Código Penal, el cual exige que la sentencia se

<sup>10</sup> Fls. 4 y 5 fallo de primer grado.

<sup>11</sup> Fl. 8 del fallo del ad quem.

<sup>12</sup> Fl. idem.

<sup>13</sup> Fls. 18 y 19 de la demanda de casación.



imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho años de prisión o menos, y según se ha definido ampliamente por la Corte de casación, por conducta punible debe entenderse la conducta delictiva propiamente dicha, con las circunstancias modales, temporales o espaciales que la califican o privilegian o que la especifiquen en sus diversas modalidades.<sup>14</sup>

Por su parte, el artículo 38B el C.P., estableció los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, entre ellos, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley, sea de ocho años o menos de prisión:<sup>15</sup>

Repárese que el delito por el cual fue condenado el procesado **VERGARA PALACIO**, tiene una pena mínima de nueve años de prisión, luego objetivamente no se cumpliría el requisito legal para la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión reclamado por la censura. Empero, se debe tener en cuenta el preacuerdo celebrado entre las partes, en el cual se pactó una pena de 64 meses de prisión, aspecto sobre el cual el juez de primer grado indicó que respetaba el principio de legalidad de la pena, pues no se encontraba atada al sistema de dosificación de cuartos como lo prevé el artículo 61, inciso 5 del Código Penal, ante la aceptación de la conducta punible por parte del imputado, pues es diáfano que se degradó la forma de participación en el delito cometido, de autor a cómplice y, por esto, el cargo así propuesto deberá ser atendido favorablemente.<sup>16</sup>

Los fallos de instancia incurrieron en el yerro denunciado por la censura, a pesar de que corroboraron debidamente en el proceso, que entre el ente acusatorio y el procesado **VERGARA PALACIO** se llevó a cabo un preacuerdo, consistente en que a cambio de que el imputado aceptara su responsabilidad en el delito endilgado, su grado de participación se degradaría a título de cómplice y no de autor y por ello, se acordó una pena a imponer de 64 meses de prisión, lo cual corrobora el desconocimiento de los precisos términos del acuerdo, cuando el propio juez a quo

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de junio de 2016. Radicación No. 46.101. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

*“ARTICULO 38. LA PRISION DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISION. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.*

*El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.*

*PARÁGRAFO. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.”*

<sup>15</sup> *“ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:*

*1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*

*2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*

*3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

*En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.*

*4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

*a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;*

*b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;*

*c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;*

*d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.”*

<sup>16</sup> Fls. 5 y ss. de la demanda de casación. *“ARTÍCULO 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años. (...).”*



había advertido que el mismo no vulneraba garantías fundamentales y se respetaba el principio de legalidad de la pena:<sup>17</sup>

*“Para la fijación de la sanción el Juzgado tendrá en cuenta que la conducta de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones, contemplado en el artículo 365 del Código Penal, modificado por la Ley 1453 de 2011, en concordancia con la figura de la complicidad, apareja una sanción de Cincuenta y cuatro a ciento veinte meses de prisión lo que quiere decir que el monto de SESENTA Y CUATRO (64) MESES pactado por las partes, respeta el principio de legalidad de la pena, máxime cuando ellas no se encuentran atadas al sistema de dosificación por cuartos en los términos del artículo 61 inciso 5 del Código Penal, modificado por el canon 3 de la Ley 890 de 2004.”*

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 348 y ss. del C.P.P., la ley habilitó a la Fiscalía y al imputado o acusado, a celebrar acuerdos que impliquen la terminación anticipada del proceso, con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, así como obtener pronta y cumplida justicia, además de activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, y también lograr la participación del imputado en la definición de su caso:<sup>18</sup> *“Se varió el objeto de la audiencia preparatoria programada para en su lugar evacuar la de verificación de la negociación a la que habían arribado las partes, cuyos términos consistían en que el procesado aceptaba la responsabilidad penal en los términos de la acusación, a cambio de que se le degradara la forma de participación de autor a cómplice, conviniéndose como pena a imponer 5 años de prisión”*<sup>19</sup>

En esta dirección, el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, establece que el fiscal y el imputado, pueden adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se puede declarar culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico o que se tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a que se le disminuya la pena.<sup>20</sup>

Sobre este aspecto, que no ha sido pacífico, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con Radicación No. 46.684, del 23 de noviembre de 2016, en relación con los criterios a tener en cuenta frente a la prisión domiciliaria en un preacuerdo, señaló los siguientes aspectos relevantes:<sup>21</sup>

*“De allí que frente a la Ley 906 de 2004 y en lo que toca con la manifestación de culpabilidad preacordada bajo una tipificación más favorable, el concepto “conducta punible”, para efectos de establecer la pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, es la que se pacte en el preacuerdo.*

*Así las cosas, como en el caso de la especie se procedió por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, el cual tiene una pena mínima de 9 años de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000 (modificado por los artículos 38 y 19 de las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011) y el mismo se imputó bajo la forma de participación de la complicidad, y en el artículo 30 ibídem, dicho amplificador del tipo conlleva a que se disminuya la pena de una sexta parte a la mitad, de esto se sigue que la sanción mínima posible en la ley para el caso de la especie es de 4 años y 6 meses, la cual es inferior a la establecida en el numeral 1º del artículo 38B de la ley 906 de 2004*

<sup>17</sup> FI. 3 fallo del a quo.

<sup>18</sup> Artículo 348 del C.P.P. Finalidades.

<sup>19</sup> FI. 2 fallo del a quo.

<sup>20</sup> Artículo 350. Preacuerdos desde la formulación de imputación.

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46684 ponentes Drs. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO y EUGENIO FERNANDEZ CARLIER, 23 de noviembre de 2016.



*para acceder a la prisión domiciliaria, por consiguiente, en este asunto se cumple esa exigencia.”*

Ahora bien, en relación con lo aducido por el procesado, encaminado a que a pesar de cumplir con los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria esta le fue denegada y que el Tribunal erró en su aplicación, se dirá que le asiste razón, toda vez que se itera, de un lado, se cumple el requisito objetivo demandado por la ley (art. 38 B, num. 1° del C.P.: *(Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos)*, pues como se vio, la pena acordada por la conducta punible se pactó en 64 meses de prisión, luego, se cumpliría con la condición numérica establecida por el legislador.<sup>22</sup>

De otra parte, el ad quem desconoció también el mandato del artículo 351 del C.P.P., el cual ordena que los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado obligan al juez, cuando además el a quo ya había advertido que el mismo no vulneraba garantías fundamentales y se respetaba el principio de legalidad de la pena, y aun así, decidió que la declaración de responsabilidad debía ser como autor y no de cómplice según se había pactado con el ente acusador.<sup>23</sup> *“El monto de SESENTA Y CUATRO (64) MESES pactado por las partes, respeta el principio de legalidad de la pena, máxime cuando ellas no se encuentran atadas al sistema de dosificación por cuartos en los términos del artículo 61 inciso 5 del Código Penal, modificado por el canon 3 de la Ley 890 de 2004”.*

Para el Tribunal de Medellín, existía además un condicionamiento de orden objetivo, referido a que el delito cometido por el procesado **VELMER DE JESÚS VERGARA**, se encontraba excluido del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y por ello no se desconocía el derecho a la igualdad y extrañamente anuncio también, que sobre dicho tópico se separaba del criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, desconociendo de esta manera el precedente vinculante emanado del órgano de cierre, conforme al artículo 234 de la C.N.,<sup>24</sup> y de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia, como lo ordena el artículo 180 de la Ley 906 de 2004:<sup>25</sup> *“No se apartó el juez de la línea jurisprudencial vigente, tal como quedó visto. Por contera, no se desconoció el derecho a la igualdad, pues cualquiera otra persona en la misma situación de Velmer de Jesús Vergara Palacio, habría recibido el mismo tratamiento. El precedente que invocó el censor en su favor, se refiere a la modalidad de preacuerdo que comporta una variación en la calificación jurídica de la conducta sin base fáctica que la soporte, hipótesis que se aleja de la evaluada en este asunto. Ahora, no está demás mencionar que incluso en ese tipo de situaciones esta Sala de decisión se ha venido separando del criterio de la Sala de Casación Penal con argumentos que no es del caso traer a colación dada la clara diferenciación de las hipótesis en discusión”.*

La postura de la corporación de segunda instancia, revela como lo plantea la censura, la interpretación errónea de los artículos 38 y 38B del C.P. al no conceder el beneficio de la prisión domiciliaria al encartado y desconocer el acuerdo pactado, pues entraña un despropósito que a pesar de la existencia del preacuerdo, -que fue declarado válido por la judicatura- y con fundamento en el mismo, se degradó la participación de autor a cómplice, como acaeció en el sub examine, se desconozcan los beneficios que se obtienen de dicha condición, como lo hizo el Tribunal de Medellín, contrariando no solo

<sup>22</sup> Artículo 38 B del C.P. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA.

<sup>23</sup> Fl. 5 fallo del ad quem.

<sup>24</sup> ARTICULO 234. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y se compondrá del número impar de Magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en Salas y Salas Especiales, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno. (...)

<sup>25</sup> ARTÍCULO 180. FINALIDAD. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.



el principio pro homine, sino la preceptiva del artículo 351 del C.P.P., que indica igualmente que los preacuerdos son vinculantes para el juez de conocimiento, salvo que se vulneren garantías fundamentales, lo cual no se observa en el sub lite.<sup>26</sup>

Además, la decisión del ad quem desconoce el precedente vertical, pues al provenir de la autoridad de cierre encargada de unificar la jurisprudencia dentro de la jurisdicción penal, limita la autonomía judicial del juez o del tribunal, en tanto debe respetar la postura del superior, en este caso de la jurisprudencia proveniente de las altas cortes, como lo ha recalcado la Corte Constitucional en numerosos pronunciamientos, entre otros en la sentencia de unificación SU-354 de 2017.<sup>27</sup>

Por esto, el Tribunal no podía válidamente afirmar que: *“incluso en ese tipo de situaciones esta Sala de decisión se ha venido separando del criterio de la Sala de Casación Penal”*,<sup>28</sup> no solo por desconocer el precedente vertical proveniente de la autoridad de cierre encargada de unificar la jurisprudencia, sino por aplicar indebidamente el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, el cual ordena que los preacuerdos pactados entre la entidad acusatoria y el imputado, son obligatorios para el juez, toda vez que dichos preacuerdos o negociaciones, donde el ente Fiscal varía, verbigracia, 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 obligatorio para el juez (quien en efecto lo avaló), pues téngase presente que, en el presente caso, su grado de participación se degradó a título de cómplice y no de autor y por ello, se acordó una pena a imponer de 64 meses de prisión.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> ARTÍCULO 351. MODALIDADES. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. (...)

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-354 de 2017, del 25 de mayo de 2017. *“Según lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.*

*En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.*

*Bajo ese entendido y de acuerdo a la autoridad que emitió el pronunciamiento, se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.*

*4.2. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reconocido el valor del precedente judicial de la ratio decidendi de sus decisiones, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela.*

*En la sentencia C-104 de 1993 manifestó que las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza erga omnes y, además, no constituyen un criterio auxiliar de interpretación sino que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”.*

<sup>28</sup> Fl. 8 del fallo del Tribunal.

<sup>29</sup> Fl. 2 fallo de primera instancia.





Se destaca también, que en el asunto sub lite, la negociación se realizó dentro de los parámetros legales y con observancia de las garantías fundamentales, y por todo ello, se solicita se case parcialmente la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte fallo sustitutivo que atienda la pretensión del casacionista, enderezada a la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, de conformidad con lo prescrito por los artículos 38 y 38 B del C.P.<sup>30</sup>

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con Radicación No. 46.101, sobre la aceptación de responsabilidad por parte del acusado, por la vía del allanamiento a cargos o de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, señaló que no solo es vinculante para estos, sino también para el juez. También resaltó que, 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.<sup>31</sup>

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

.....

*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.*

*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.”*

Así las cosas, se desvela que el fallo del Tribunal de Medellín, al concluir que el procesado no se hacía acreedor a la prisión domiciliaria por considerarlo autor de la conducta punible, y no cómplice como se pactó en el preacuerdo, incurrió en indebida aplicación de las normas que regulan el instituto deprecado por la censura (arts. 38 y 38B del C.P.) y, por ende, se debe casar parcialmente el fallo recurrido, en atención a que el ad quem se equivocó al desconocer el grado de complicidad preacordado con el ente Fiscal, para denegar al procesado el beneficio de la prisión domiciliaria.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Fls. 5 y ss. de la demanda de casación.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de junio de 2016. Radicación No. 46.101. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

<sup>32</sup> Fls. 4 y 5 fallo del Tribunal.



De conformidad con todo lo anterior, se revela que los fallos de instancia incurrieron en la interpretación errónea de los artículos 38 y 38B del C.P. al desconocer el derecho que le asistía al procesado **VELMER DE JESÚS VERGARA PALACIO**, y considerar erradamente que el grado de complicidad pactado para efectos de determinar la pena mínima prevista en la ley, no guardaba relación directa con la conducta punible y, por ello, asumió que el procesado no tenía derecho al sustituto de la prisión domiciliaria, por tratarse de autor del delito de porte ilegal de armas, cuando el preacuerdo pactado cabalmente consistió en degradar su participación de autor a cómplice, aspecto que fue desconocido de manera flagrante tanto por el juez de primer grado como por el juez plural y, por esto, se deberá casar parcialmente la sentencia acusada.<sup>33</sup>

Todo lo cual, conduce a esta Agencia del Ministerio Público, a estimar que se debe acoger el cargo formulado por la censura y, en consecuencia, **CASAR PARCIALMENTE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE MEDELLÍN**, del 13 de noviembre de 2020, para que se tenga en cuenta el preacuerdo que consideró al procesado como responsable, a título de cómplice, del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, descrito en el artículo 365 del Código Penal y se le otorgue el sustituto de la prisión domiciliaria, como lo reclama el cargo planteado por el censor.<sup>34</sup>

Atentamente,

**PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA**  
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

---

<sup>33</sup> Fls. 1 al 9 del fallo del ad quem.

<sup>34</sup> Fls. 1 a 26 de la demanda de casación.