



Bogotá, D.C., 9 de febrero de 2022

Honorable Magistrado
Dr. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRAN
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.

REF. Casación Radicado No. 60.643
Procesado: Eugenio Barriga Almenares
Delito: porte ilegal de armas

Honorables Magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, me permito presentar concepto en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes, frente a la demanda de casación interpuesta por el Procurador Judicial 177, contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021, por el Tribunal Superior de Valledupar, mediante la cual modificó parcialmente la condenatoria emitida el 11 de diciembre de 2020, por el Juzgado 2 Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado EUGENIO BARRIGA ALMENÁREZ, como autor del delito de porte ilegal de armas de fuego, 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:¹ *“De lo actuado se extrae, que el día 2 de diciembre de 2017, aproximadamente las 18:30 horas, miembros de la Policía adscritos a la Vigilancia realizaban labores de patrullaje por inmediaciones del barrio La floresta, más exactamente por la altura de la calle 16 con transversal 25, cuando observan a un sujeto de sexo masculino en actitud sospechosa y al notar la presencia policial, arroja un costal blanco a un costado de la Vía siendo por ello de inmediato lo abordado identificándose como EUGENIO BARRIGA ALMENAREZ, y al verificar el costal se observa un arma de fuego tipo escopeta de fabricación artesanal y seis cartuchos marca INDUMIL Bochica, para la misma, sin documento que soporte el arma de fuego, procediendo a su incautación y captura.”*

2. DE LA DEMANDA

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

2.1. CARGO ÚNICO: Violación directa de la ley sustancial

Al amparo de la causal primera de casación, del artículo 181 del C.P.P., la censura acusó la sentencia de segundo grado, por incurrir en la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de una norma legal llamada a regular el caso:

¹ Fls. 1 y 2 fallo del Tribunal.



“Considero de manera respetuosa, salvando su ponderado y mejor criterio, que la decisión del honorable Tribunal incurrió en una violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de una norma legal llamada a regular el caso, según lo prescrito por el artículo 181, numeral primero de la Ley 906 de 2004.”²

Añadió la demanda, que el Tribunal dejó de aplicar el inciso segundo del artículo 352 del C.P.P: *“En atención a la causal señalada, y al margen de cualquier valoración probatoria, que no viene al caso, lo que pretende acreditar el suscrito Procurador, es que el distinguido Tribunal, al momento de modificar la sentencia del A quo, dejó de aplicar el contenido del artículo 352, inciso segundo de la ley 906 de 2004, precepto que resultaba necesario aplicar al caso concreto, si en cuenta se tienen las directrices que la honorable Corte Suprema de Justicia dejó sentadas en la sentencia SP2073-2020, radicación 52227, Magistrada Ponente Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR del veinticuatro 24 de junio de 2020, entre ellas, que el monto de la rebaja por el preacuerdo debe ser proporcional al momento procesal en que se lleva a cabo el pacto judicial, y que se han mantenido inalteradas, constituyéndose hoy día en un referente imperante para los falladores, salvo, mejor argumentación en contra, por el servidor que se aparta de la línea jurisprudencial”.*³

Estimó la censura la equivocación del fallo, al rebajarle al procesado la pena impuesta por el a quo, pues se indicó que el preacuerdo quedaba condicionado a las nuevas directrices jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia sobre ese tópico: *“que el preacuerdo quedaba condicionado a las nuevas directrices jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia, entre ellas, que la rebaja de pena tendría que ajustarse al momento procesal en que se estaba llevando a cabo la negociación.”*⁴

Añadió en su postura el recurrente, que la rebaja a que tenía derecho el enjuiciado, no era la mitad de la pena, como lo señala el artículo 30 del C.P., sino de la tercera parte de la misma, como lo exige el inciso segundo del artículo 352 del C.P.P.: *“De tal suerte, considero respetuosamente que el trámite más adecuado, aparte de legal, no era otro que admitir el preacuerdo que habían celebrado las partes, - quienes demandaban la aplicación de la pena para el cómplice-, aunque condicionando la rebaja, no a la mitad de la pena, como lo señala el artículo 30 de la ley 599 de 2000, sino, de hasta la tercera parte de la misma, como lo exige el artículo 352 de la ley 906 de 2004, inciso segundo, teniendo en cuenta que el preacuerdo se llevó a cabo después de radicarse el escrito de acusación y antes de empezar al juicio, condición que, se repite, las partes conocían perfectamente y con la cual estuvieron de acuerdo.”*⁵

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: No Casar la sentencia del Tribunal de Valledupar

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

La censura planteó, que el fallo del Tribunal excluyó los últimos lineamientos jurisprudenciales sobre la rebaja de pena en los eventos de los preacuerdos celebrados e indicó que la rebaja a que tenía derecho el enjuiciado, no era la mitad

² Fls. 5 y 6 de la demanda de casación.

³ Fl. 8 de la demanda de casación.

⁴ Fls. 9 y 10 de la demanda.

⁵ Fls. 10 y 11 de la demanda de casación.



de la pena, como lo señala el artículo 30 del C.P., sino de la tercera parte de la misma, como lo exige el inciso segundo del artículo 352 del C.P.P.⁶

Esta Agencia del Ministerio Público, estima que no le asiste razón al censor, pues en relación con la rebaja en la pena a que tenía derecho el enjuiciado **EUGENIO BARRIGA ALMENÁREZ**, con ocasión del preacuerdo celebrado con el ente fiscal, 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, e indicó que era acreedor a una tercera parte de la pena a imponer, para lo cual se tasó una pena de 72 meses de prisión.⁷

“Ahora en virtud del preacuerdo y tal como quedó anotado precedentemente, atendiendo la aceptación de los cargos, en donde el acusado mostró colaboración y sometimiento a la justicia, permitiéndole al Estado un esfuerzo menor en la resolución de este caso que culmina en forma anticipada con sentencia condenatoria, pero sin desconocer los fines de los preacuerdos y negociaciones que buscan fundamentalmente aprestigiar la justicia, el sentenciado se hace acreedor a la rebaja de la tercera parte (1/3) de la pena; en consecuencia la pena que finalmente ha de purgar el sentenciado será de SETENTA Y DOS (72) MESES DE PRISIÓN”.

Según refirió el fallo de primera instancia, destacó respecto del preacuerdo celebrado, que en éste el acusado aceptó la autoría de los cargos por los que fue acusado y a cambio recibiría la rebaja de la pena prevista para el cómplice, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del C.P.:⁸ *“No obstante, BARRIGA ALMENAREZ, asistido por su defensor, celebró preacuerdo con la Fiscalía, en el que aceptaría la autoría de los cargos por los que fue acusado, mostrando colaboración y sometimiento a la justicia, y a cambio recibiría la rebaja de la pena prevista para el cómplice, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del C.P., que establece una disminución de la pena de una sexta parte a la mitad.”*

Continuó el fallo de primer grado, que en atención a que no se pre acordó la calidad de cómplice, sino la aplicación de la pena como cómplice, y teniendo en cuenta además el momento en que se celebró el preacuerdo, el cual acaeció después de radicado el escrito de acusación y antes de la de formulación de la acusación, la rebaja de pena debía aplicarse discrecionalmente por el despacho, respetando los extremos de una sexta parte a la mitad:⁹ *“Ahora, como no se pre acordó la calidad de cómplice sino la aplicación de la pena como cómplice, atendiendo incluso el momento en que se celebró el preacuerdo, esto es después de radicado el escrito de acusación aun cuando antes de la de formulación de la acusación, la rebaja de pena no se aplicará atendiendo los parámetros del artículo 60 del C.P., sino que se tiene como una circunstancia pos delictual y tendrá entonces que aplicarse discrecionalmente por el juez respetando eso sí, los extremos de una sexta parte a la mitad.”*

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 la pena imponible, señaló que el mismo debía ser condenado como

⁶ Fls. 1 al 11 de la demanda.

⁷ Fl. 9 fallo de primer grado.

⁸ Fl. 8 fallo del a quo.

⁹ Fl. ídem.



autor del delito mencionado, pero la pena a imponer era la que correspondía al cómplice.¹⁰

“Ahora, si el acusado aceptó los cargos formulados por la Fiscalía, esto es, como autor del delito de porte ilegal de armas de fuego, a cambio del beneficio punitivo señalado, es de esperarse que este sea condenado como autor del delito mencionado, pero la pena a imponer sea la que corresponde al cómplice, como lo ha establecido la Corte al precisar en la sentencia antes transcrita que: 'La alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice'.”

Sin embargo, la corporación seccional aclaró que la declaración de responsabilidad del procesado debía ser a título de autor como lo señaló el a quo, pero que el mismo erró al cuantificar la pena a imponer, pues si se le condenaba en calidad de autor, precisamente en acatamiento al acuerdo celebrado, se le debió asignar la pena señalada para el cómplice:¹¹ *“Siendo ello así, la Sala considera que el juzgador de instancia acierta al condenar a EUGENIO BARRIGA ALMENAREZ, como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; lo que no sucede al cuantificar la pena a imponer, ejercicio en el cual inicia fijando la correspondiente al autor del punible mencionado, para luego disminuirla en las proporciones asignadas para el cómplice en el artículo 30 del Código Penal, desconociendo de esta manera lo establecido en el numeral 5° del artículo 60 del Código Penal, y la jurisprudencia según la cual ante un preacuerdo como el que ocupa la atención de la Sala, si al procesado se le condena en calidad de autor, se le debe asigna la pena señalada para el cómplice acatando el acuerdo celebrado, el cual una vez aprobado debe ser acatado por el Juez; como esto no sucedió, con claro desconocimiento de los principios de legalidad, razonabilidad, necesidad de la pena, la Sala procede a cuantificar la que en derecho corresponda”.*

El recurrente en su exposición, indicó que el ad quem se equivocó toda vez que la rebaja a que tenía derecho el enjuiciado, no era la mitad de la pena, como lo señala el artículo 30 del C.P., sino de la tercera parte de la misma, como lo exige el inciso segundo del artículo 352 del C.P.P. teniendo en cuenta que el preacuerdo se llevó a cabo después de radicarse el escrito de acusación y antes de empezar al juicio.¹²

No le asiste razón a la censura y el cargo propuesto entonces deberá ser desatendido, toda vez que el fallo del Tribunal no incurrió en el yerro alegado, pues como bien lo precisó el fallo de segundo grado, se debía respetar el acuerdo celebrado, ya que en el mismo consistió en degradar la participación de autor a cómplice, y por ello se le debe asignar la pena señalada para el cómplice, obedeciendo el acuerdo celebrado, el cual una vez aprobado debía ser acatado por el Juez:¹³ *“Ante un preacuerdo como el que ocupa la atención de la Sala, si al procesado se le condena en calidad de autor, se le debe asigna la pena señalada para el cómplice acatando el acuerdo celebrado, el cual una vez aprobado debe ser acatado por el Juez; como esto no sucedió, con claro desconocimiento de los principios de legalidad, razonabilidad, necesidad de la pena la Sala procede a cuantificar la que en derecho corresponda”.*

¹⁰ Fl. 18 del fallo del ad quem.

¹¹ Fl. 15 y 16 fallo del Tribunal.

¹² Fls. 8 y 9 de la demanda de casación.

¹³ Fl. 17 fallo de segundo grado.



Por esto, el fallo de la corporación de segundo grado destacó que teniendo en cuenta el acuerdo pactado, la pena que se debía imponer al procesado era la correspondiente al cómplice, y por ello, las cantidades a imponer se deberían disminuir de una sexta parte a la mitad, aplicando la regla establecida en el numeral 5° del artículo 60 del C.P., y en el asunto sub examine, la pena para el cómplice iba de 54 a 120 meses de prisión:¹⁴ *“El delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones está sanciona con prisión que oscila entre 9 y 12 años. Como de acuerdo con lo pactado la pena que se debe imponer es la correspondiente al cómplice, las cantidades anteriores de disminuyen de una sexta parte a la mitad; aplicando la regla establecida en el numeral 5° del artículo 60 del Código Penal, la pena para el cómplice va de 54 a 120 meses de prisión.”*

En dicho sentido, el fallo de segunda instancia partió del cuarto mínimo a imponer, el cual iba de 54 a 70.5 meses de prisión, y fijó como pena principal al procesado **BARRIGA ALMENÁREZ**, la pena de 54 meses de prisión, la cual se estima adecuada, pues no solo partió del cuarto mínimo imponible, sino que de esta manera respetaba los términos del acuerdo pactado, el cual aludía a normas penales más favorables, en que el autor debía ser condenado como tal, pero se le aplicaba la pena del cómplice y por todo ello, el cargo propuesto deberá ser desestimado:¹⁵

“Como los criterios tenidos en cuenta por el juzgador de instancia para cuantificar la pena no fueron cuestionados por el apelante, la Sala los tendrá en cuenta, de igual manera fijará la sanción en la cantidad menor del cuarto mínimo el cual va de 54 a 70.5 meses de prisión, aplicando las operaciones matemáticas indicadas en el artículo 61 del Código Penal; así las cosas, se fijará como pena principal al sentenciado 54 meses de prisión; en este sentido se modificará la sentencia apelada.”

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 preacuerdos o negociaciones 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 y por ello, la decisión del a quo precisó sobre el preacuerdo celebrado entre las partes:¹⁶ *“No obstante, BARRIGA ALMENAREZ, asistido por su defensor, celebró preacuerdo con la Fiscalía, en el que aceptaría la autoría de los cargos por los que fue acusado, mostrando colaboración y sometimiento a la justicia, y a cambio recibiría la rebaja de la pena prevista para el cómplice, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del C.P., que establece una disminución de la pena de una sexta parte a la mitad.”¹⁷*

En esta dirección, el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, establece que el fiscal y el imputado, pueden celebrar preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación y 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.¹⁸

¹⁴ Fl. 15 del fallo del ad quem.

¹⁵ Fl. 16 fallo de segundo grado.

¹⁶ Artículo 348. Finalidades.

¹⁷ Fl. 8 fallo de primera instancia.

¹⁸ Artículo 350. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación.



Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con Radicación No. 52.227, del 24 de junio de 2020, en relación con las diversas modalidades de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado, señaló los siguientes aspectos relevantes:¹⁹ *“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.”*

En este sentido, debe tenerse en cuenta 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 ad quem ya había advertido que el mismo no vulneraba garantías fundamentales y se respetaba el principio de legalidad de la pena, y que el preacuerdo cumplía con los parámetros señalados, y se decidió que la declaración de responsabilidad debía ser como autor, pero se le aplicaba la pena correspondiente al cómplice, según se había pactado con el ente acusador.²⁰ *“En principio puede aseverarse que el preacuerdo que dio origen a la sentencia que se cuestiona, cumple con los parámetros antes señalados; en efecto, no fue objeto del preacuerdo que se admitiera que el acusado hubiese obrado como cómplice del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, tipificado en el artículo 365 del Código Penal, sino que este acepta los cargos como autor de este punible, lo que armoniza con la imputación fáctica y es respetado en la sentencia”.*

Entonces, para el Tribunal de Valledupar, existía además un condicionamiento de orden objetivo, referido a que, de conformidad con el acuerdo celebrado, el delito cometido por el procesado **EUGENIO BARRIGA**, se había acordado como beneficio a cambio de la aceptación de cargos, la degradación punitiva de su grado de participación de autor a cómplice.²¹ *El preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado tiene como objeto que este acepta los cargos a cambio de que se le otorgue como único beneficio “degradación punitiva del grado de participación de autor a cómplice de las conductas de fabricación tráfico o porte de armas de fuego o municiones que se le acusa”; que en atención a lo anterior, el señor Juez deberá imponer la pena que marque la ley o señalen los parámetros legales; pacto que fue avalado por el Juez de conocimiento impartiendo su aprobación, aspecto que no ha sido objeto de discusión, situación de la que se infiere que las partes están de acuerdo en que en este caso en particular está demostrada la comisión del delito y la responsabilidad del acusado”.*

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicación No. 52.227, del 24 de junio de 2020. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁰ Fl. 14 fallo del Tribunal.

²¹ Fl. 11 fallo del ad quem.



La postura de la corporación de segunda instancia, no revela como lo plantea la censura, la falta de aplicación del inciso segundo del artículo 352 del C.P.P., al concederle la rebaja de la pena a imponer en la mitad, sino solo a una tercer parte, pues actuar en ese sentido, sería desconocer el acuerdo pactado, pues entrañaría 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 la corporación seccional, con lo cual se contrariaría no solo 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.²²

El artículo 351 de la Ley 906 de 2004, 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, era viable modificar la pena impuesta por el fallo del a quo, de 72 a 54 meses de prisión como lo hizo la sentencia del Tribunal.²³ *“PRIMERO. MODIFICAR, por las razones expuestas, el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a EUGENIO BARRIGA ALMENAREZ a la pena principal de 54 meses de prisión”.*

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:²⁴

²² Artículo 351. Modalidades.

²³ Fl. 21 fallo de segundo grado.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de junio de 2016. Radicación No. 46.101. M.P. Eyder Patiño Cabrera.” *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 desacuerdo 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...”



“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: 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...[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.

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.”

3.1.19. 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 no casar la sentencia recurrida por los argumentos de la demanda y, en su lugar, se case parcialmente de oficio y se dicte fallo enderezado a la concesión



del beneficio de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, de conformidad con lo prescrito por los artículos 38 y 38B del C.P.²⁵

En este contexto, repárese que el delito por el cual fue condenado el procesado **BARRIGA ALMENAREZ**, 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 domiciliaria. Empero, se debe tener en cuenta el preacuerdo celebrado entre las partes, en el cual se pactó que, a cambio del allanamiento a cargos, se degradaría su participación de autor a cómplice y por eso, el juez de primer grado impuso una pena de 72 meses de prisión, aspecto modificado por la corporación seccional quien indicó: *“pero la pena a imponer sea la que corresponde al cómplice”* y por esto tasó la pena contra el acusado, en 54 meses de prisión.²⁶

“Ahora, si el acusado aceptó los cargos formulados por la Fiscalía, esto es, como autor del delito de porte ilegal de armas de fuego, a cambio del beneficio punitivo señalado, es de esperarse que este sea condenado como autor del delito mencionado, pero la pena a imponer sea la que corresponde al cómplice”.

Inexplicablemente, los fallos de instancia incurrieron en el yerro advertido por esta delegada, y por esto se pide se case de oficio el fallo, pues a pesar de que corroboraron debidamente en el proceso, que entre el ente acusatorio y el procesado **BARRIGA ALMENAREZ** 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 impuso por el a quo una pena de 72 meses de prisión, modificada por el ad quem a 54 meses, lo cual corrobora el desconocimiento de los precisos términos del acuerdo, cuando el propio juez a quo había advertido que el mismo no vulneraba garantías fundamentales y se respetaba el principio de legalidad de la pena:²⁷

“No obstante, BARRIGA ALMENAREZ, asistido por su defensor, celebró preacuerdo con la Fiscalía, en el que aceptaría la autoría de los cargos por los que fue acusado, mostrando colaboración y sometimiento a la justicia, y a cambio recibiría la rebaja de la pena prevista para el cómplice, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del C.P., que establece una disminución de la pena de una sexta parte a la mitad.”

Ahora bien, en relación con el cumplimiento de los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria en favor del encartado, se itera, esta es procedente, pues de un lado, se cumple el requisito objetivo demandado por la ley (art. 38 B, núm. 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 fijó por el juez en 72 meses y quedó en 54 meses de prisión según el fallo del Tribunal, luego, se cumpliría con la condición numérica establecida por el legislador.²⁸

De otra parte, el ad quem desconoció no solo 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 ya se había advertido que el mismo no vulneraba garantías fundamentales y se respetaba el principio de legalidad de la pena, sino la preceptiva del artículo 38B del C.P., y del artículo 68 A, ibídem, pues el reato por el cual se le

²⁵ Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

²⁶ Ver FIs. 18 y 21 del fallo del ad quem.

²⁷ Fl. 3 fallo del a quo.

²⁸ Artículo 38 B del C.P. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA.



condenó no está excluido de los beneficios y subrogados penales allí señalados y aún así, decidió denegar la concesión del subrogado reclamado por el procesado.²⁹ *“Más allá de lo expuesto, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38B-1 del Código Penal, es requisito objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria “que /a sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en /a ley sea de ocho (8) años de prisión o meno”, no con base en la pena finalmente impuesta; en este caso en particular el sentenciado EUGENIO BARRIGA ALMENAREZ, es condenado por el delito de porte ilegal de armas de fuego, el cual reporta sanción mínima prevista en la ley igual a nueve (9) años de prisión para el autor, lo que objetivamente acredita que no se cumple el presupuesto antes anotado, motivo por el cual se hace improcedente el otorgamiento de la sustitutiva de prisión intramural demandada”.*

Para el Tribunal de Valledupar, existía además un condicionamiento de orden objetivo, referido a que el delito cometido por el procesado **EUGENIO BARRIGA**, se encontraba excluido del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y además, el preacuerdo referido se limitaba a la aceptación de cargos a cambio de que al procesado se le impusiera la pena correspondiente en la calidad de cómplice.³⁰

Sobre ese tópico, la postura de la corporación de segunda instancia, revela 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 Valledupar, contrariando no solo 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.³¹

Así las cosas, se desvela que el fallo del Tribunal, 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 los artículos 38 y 38B del C.P. y, por ende, se deberá casar parcialmente de oficio 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.³²

²⁹ Fls. 19 y 20 fallo del ad quem.

³⁰ Fls. 17 y 18 fallo de segunda instancia. *“El objeto del preacuerdo mencionado se limita a la aceptación de cargo a cambio de que al procesado se le impusiera la pena correspondiente al cómplice, no que se le concediera la prisión domiciliaria por aceptar los cargos en calidad de cómplice, de ahí que sea válido reiterar que esta pretensión de la defensa esconde una solicitud de variación de los términos del preacuerdo, lo que configura una retractación de lo pactado, para lo cual esta parte no está habilitada, más cuando la sentencia en este aspecto armoniza con lo acordado entre las partes, descartando agravio alguno con la negativa de la prisión domiciliaria”.*

³¹ 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. (...)

³² Fls. 17 y 18 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 **EUGENIO BARRIGA ALMENÁREZ**, 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 de oficio la sentencia acusada.³³

PETICION

3.1.28. Todo lo cual, conduce a esta Agencia del Ministerio Público, a estimar que no se debe acoger el cargo formulado por la censura y, en su lugar, casar parcialmente de oficio la sentencia del tribunal de Valledupar, del 17 de febrero de 2021, para que se tenga en cuenta el preacuerdo en cuanto consideró que el procesado recibiría la rebaja de la pena prevista para el cómplice, como responsable, a dicho título, 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 se solicita en el presente alegato.³⁴

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

³³ Fls. 1 al 13 del fallo del a quo y fls. 1 al 20 de la sentencia del ad quem.

³⁴ Fls. 9 y 10 fallo de primer grado y fls. 17 y 18 fallo segunda instancia.

Asunto: RV: CASACION
Fecha: miércoles, 9 de febrero de 2022, 2:22:42 p.m. hora estándar de Colombia
De: Secretaria Sala Casacion Penal
<secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>
A: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>
Datos adjuntos: CASACIÓN 60643 BARRIGA ALMENAREZ PORTE ILEGAL ARMA (2).pdf

Sustentación - Casación 60643

De: Paula Andrea Ramirez Barbosa <pramirez@procuraduria.gov.co>
Enviado: miércoles, 9 de febrero de 2022 12:42 p. m.
Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>; Nubia Yolanda Nova Garcia <Nubiang@cortesuprema.gov.co>
Asunto: CASACION

Respetados señores,

De manera atenta, me permito remitir el concepto de casación adjunta dentro del término de ley,

Agradezco la confirmación del recibido.

Cordial saludo