



SALA DE DECISIÓN PENAL

PROCESO: 05360-60-00000-2016-00023 (8876)
DELITO: Concierto para delinquir agravado y otros
PROCESADO: Carlos Arbey Colorado Henao
OBJETO: Apelación auto imprueba preacuerdo
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Auto Interlocutorio N°022
Aprobado mediante acta N°025
Medellín, veintidós de febrero de dos mil diecisiete

ASUNTO A TRATAR

Corresponde a la Sala desatar la apelación interpuesta por el delegado fiscal, el defensor de **CARLOS ARBEY COLORADO CANO** y el representante del Ministerio Público en contra del auto proferido el 10 de enero de 2017 por la Jueza Cuarta Penal del Circuito Especializada de Medellín, por medio del cual no aprobó el acuerdo suscrito entre las partes.

ANTECEDENTES

Del escrito de acusación se desprende que en los municipios de Itagüí y la Estrella y en los barrios Guayabal y Belén de Medellín, hace presencia delictiva la organización delincuenciales integrada al narcotráfico "LA UNIÓN", la cual se encuentra liderada por Didier de Jesús Ríos López y tiene como objetivos principales, el cobro de extorsiones, el tráfico de estupefacientes, la administración de plazas de vicios, homicidios, trata de personas, explotación sexual, porte ilegal de armas y monopolio de productos alimenticios por medio

de la plaza mayorista; igualmente, se conoce la forma de extorsionar las rutas de buses.

Uno de los grupos que integra esta organización, es denominado **"EL AJIZAL"**, el cual tiene su zona de influencia en el municipio de Itagüí, concretamente en los sectores "Porvenir, San Pablo, La Hortensia y Ajizal" y que también se dedica al expendio de estupefacientes, al cobro de extorsiones, al desplazamiento forzado, al porte de armas de fuego, homicidios, entre otras actividades; siendo uno de sus integrantes **CARLOS ARBEY COLORADO HENAO** alias **"ARBEY"**, quien es señalado como uno de los encargados de dar aviso de las actividades que realiza la fuerza pública en el sector, así como de la venta de estupefacientes, **el cobro de vacunas a los residentes y pequeños comerciantes del sector**, cobro de parqueo de los carros que dejan en la vía pública.

Respecto a las extorsiones que realizaba **COLORADO HENAO**, se tiene la de un ex integrante de la organización, el cual salió desplazado del barrio, al presentarse un descuadre con unas cuentas de vicio; sin embargo, al retornar a su vivienda, llegó alias **"ARBEY"** con "Dany" para amenazarlo de muerte, promesa que no se cumplió por la intervención de la policía; no obstante, se le impuso como obligación, para poder residir allí, pagar un impuesto, el cual inicialmente era de 50 mil pesos y que con el tiempo subió a 300 mil pesos, siendo **"ARBEY"**, uno de los que realizaba la exigencia.

Igualmente, se logra ubicar a **CARLOS ARBEY COLORADO HENAO**, dentro de la organización, como uno de los principales líderes, encargado de recoger el dinero producto de estupefacientes, así como el que efectuó el cobro de la extorsión de 80 mil pesos a la señora **LUZ ASTRID ARENAS OSORNO**.

El 8 de septiembre de 2016, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juez 14 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, en contra de **CARLOS ARBEY COLORADO HENAO** y otras doce personas.

El Fiscal 147 Especializado, presentó acta de preacuerdo el 31 de octubre de 2016, correspondiendo por reparto el asunto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín y evacuado el 10 de enero de 2017, audiencia en la que la Fiscalía expuso los términos del acuerdo al que llegó con seis de los imputados y en el que se indicó que respecto al señor COLORADO HENAO, esto fue lo negociado:

“Se le imputó autoría del delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340 inc 2º C.P.), que contempla sanción de 8 a 18 años de prisión y multa de 2.700 a 30.000 s.m.l.m.v, por este comportamiento se partirá del mínimo y se le descontará el 45% conforme lo establece el artículo 351 C.P.P., quedando la pena por este comportamiento en una sanción de 4 años, 4 meses y 24 días de prisión y multa de 1485 s.m.l.m.v. Igualmente se le imputó como coautor el delito de desplazamiento forzado (art. 180 C.P.), que contempla una sanción de 8 a 18 años de prisión y multa de 800 a 3.000 s.m.l.m.v, comportamiento por el que se partirá del mínimo y se le descontará el 45% conforme lo establece el artículo 351 del C.P.P., quedando la sanción por dicha conducta de 4 años, 4 meses y 24 días de prisión y multa de 440 s.m.l.m.v.

Finalmente se comunicó como coautor el delito de extorsión consumada atenuada (art. 244, 268 C.P), comportamiento que sin tener en cuenta el aumento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y la disminuyente de la circunstancia de atenuación contempla como sanción de prisión de 6 a 10 años, 4 meses y multa de 300 a 800 s.m.l.m.v. Por esta conducta igualmente se partirá de las penas mínimas, esto es 6 años y 300 s.m.l.m.v, cifra a la que se le descontará el 60% en virtud de las previsiones del artículo 269 del Código Penal, por haber indemnizado integralmente la víctima, según constancia allegada por el defensor, quedando la sanción en 28 meses, 24 días de prisión y multa de 120 s.m.l.m.v.

Dosificadas de manera individual las penas conforme lo indica el artículo 31 del Código Penal, ha de indicarse que la pena más grave en el concurso de conductas, está fijada para el delito de concierto para delinquir agravado, en tanto la diferencia la genera la multa, por manera que tomando como base la pena impuesta para este comportamiento, que no es otra, que 4 años, 4 meses y 24 días de prisión y multa de 1485 s.m.l.m.v., a la misma ha de aumentarse una año más por el desplazamiento forzado y seis meses por la extorsión consumada. En tal sentido al realizar la correspondiente operación matemática, la pena impuesta para este ciudadano se fijará en CINCO (5) AÑOS, DIEZ (10) MESES, VEINTICUATRO (24) DÍAS DE PRISIÓN Y MULTA DE 2.000 S.M.L.M.V., como coautor de los delitos de concierto para delinquir agravado, desplazamiento forzado y extorsión atenuada.”

La funcionaria de conocimiento aprobó el acuerdo al que llegaron las partes, excepto el correspondiente al señor

CARLOS ARBEY COLORADO HENAO, por lo que el Delegado Fiscal, el defensor y el representante del Ministerio Público, interpusieron el recurso de apelación, siendo concedido en el efecto suspensivo.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

En el auto que fue objeto de apelación, precisó el juez de instancia que al señor **COLORADO HENAO**, se le imputó concierto para delinquir agravado, precisamente por darse por el tráfico de estupefacientes y extorsión, entre otras finalidades; así mismo se le endilgó el delito de desplazamiento forzado y también se le imputó como coautor del delito de extorsión consumada atenuada.

Refiere la A-quo, que efectivamente para el delito de extorsión existe una prohibición expresa en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, toda vez que cuando se trata de los delitos allí establecidos y los **conexos**, no procederá rebaja de penas por sentencia anticipada y confesión.

Indica que la Fiscalía por el delito de extorsión no concedió ningún beneficio, además, no aplicó la Ley 890 de 2004 acorde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (41.674 del 26 de agosto de 2015. M.P. Eugenio Fernández Carlier).

No obstante, resalta que la misma prohibición de la extorsión, se hace extensiva para los delitos conexos y justamente al materializarse la extorsión, es que surge la conexidad con el delito de concierto para delinquir agravado; así las cosas, para este delito, también opera la limitante prevista en el artículo 26 de la Ley 1121.

Entonces, a pesar de que el delito de concierto para delinquir agravado es un delito autónomo y si no se endilgan en concreto los delitos para los cuales se dio la concertación, no podría hablarse de conexidad; en el caso que se analiza, el delito de

extorsión sí se dio y a partir de éste, es que se puede predicar la conexidad con el delito de concierto para delinquir, ya que ésta concertación era para cometer, entre otros, delitos de extorsión; por lo tanto, es clara la prohibición de la Ley 1121 de 2006, de ahí que para el caso concreto no procedería el descuento conforme al artículo 351 del C.P.P. y que la Fiscalía lo cuantificó en un 45%.

Aunado a ello, la fiscalía establece que se trata de un delito de extorsión consumado y que para éste procede la atenuante que trae el artículo 268 del Código Penal; empero, en este caso la Fiscalía puso de presente los elementos materiales que tiene en contra de **COLORADO HENAO**, advirtiendo la *A-quo* que existe dentro de la actuación, un informe del Ministerio de Defensa-Policía Nacional, donde se establece que éste tiene una sentencia condenatoria del 13 de septiembre de 2010, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento de Itagüí y en la que se impuso una pena de 28 meses de prisión, por porte ilegal de armas, pena que fue declarada extinguida, pero no por ello, pierde el carácter de antecedente penal, pues, para la fecha de los hechos denunciados por la señora **LUZ ASTRID ARENAS OSORNO**, el ciudadano registraba antecedentes penales; por lo tanto, no puede tener en cuenta la Fiscalía lo establecido en el artículo 268 del C.P.

De otro lado, advierte la Juez de instancia que al ciudadano **COLORADO HENAO**, se le imputó el concierto para delinquir agravado y la pena de multa con la rebaja del 45%, quedaría en 1.485 s.m.l.m.v., para el desplazamiento forzado con el descuento quedaría en 440 s.m.l.m.v y para la extorsión consumada atenuada, la pena de multa sería de 120 s.m.l.m.v., de ahí, que al hacerse la sumatoria, sería equivalente a 2.045 s.m.l.m.v y la Fiscalía ofreció una multa de 2.000 s.m.l.m.v, por debajo de la señalada por el legislador, de ahí que se vulnere el principio de legalidad.

Por esas razones, es que se resolvió no aprobar el acuerdo al que llegaron la fiscalía, el señor **CARLOS ARBEY COLORADO HENAO** y su defensor, por vulneración al principio de legalidad.

LA APELACIÓN

No conformes con la decisión de la falladora, el representante de la fiscalía, el defensor y el delegado del Ministerio Público interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

Para tal fin, el Fiscal delegado indica tener en cuenta las concepciones dogmáticas y jurídicas, cuando se hace referencia a las competencias que tiene el juez de conocimiento al momento de legalizar los preacuerdos, ya que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el juez no debe inmiscuirse en esta clase de negociaciones, conforme al artículo 351 C.P.P., en el que se establece que los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez, salvo que ellos quebranten o desconozcan garantías fundamentales.

Ello, toda vez que en la presente actuación no se vulneró ningún derecho fundamental al señor **COLORADO HENAO**; de ahí, que si no se advierte ningún vicio del consentimiento por parte del imputado, no hay motivo para improbar el preacuerdo; además, no puede darse aplicación al artículo 26 de la Ley 1121 que establece prohibiciones para delitos conexos, ya que éstos no pueden mirarse como algo abstracto, sino que debe ser concreto y precisamente las extorsiones deben estar concatenadas a ese concierto.

Resalta el fiscal, que lo que ha dado entender dentro del preacuerdo es que la extorsión endilgada al señor **COLORADO HENAO**, no es conexa al delito de concierto para delinquir

agravado; porque si bien es cierto, al momento de la imputación se le endilgó el delito de concierto para delinquir agravado con unos fines específicos, en especial el de estupefacientes y el de extorsión; no por ello, puede aislarse la parte jurídica dogmática, del aspecto fáctico, porque lo que se investiga dentro de este proceso, es el microtráfico en los sectores del Porvenir, San Pablo y La Hortensia; es decir, la columna de esa organización y también está la extorsión en lo que tiene que ver respecto a los comerciantes, mineros, transportadores y propietarios de vehículos particular o público que dejan sus carros en vía pública de ese sector.

De esta manera, al resaltar el aspecto fáctico y para evitar que la Judicatura incurriera en error, fue que se hizo precisión de la extorsión imputada, la cual no hace parte de la estructura criminal, sino que es aislada a los fines por los cuales ellos venían delinquirando y es precisamente, porque a un ex integrante de la organización criminal, por un descuadre en la venta de estupefacientes, fue desterrado de su residencia; sin embargo, esta persona regresó nuevamente al barrio y allí **la misma organización (37:36) le exigió a la progenitora de aquél, el pago de ochenta mil pesos**, para permitirle que el pudiera residir en dicho inmueble.

Entonces, si se mira desde ese punto fáctico, no son las extorsiones que diariamente se venían ejecutando, la organización o la pluralidad de personas para cometer delitos con esa permanencia en el tiempo, era para el microtráfico de estupefacientes, para el cobro de extorsiones de unas zonas específicas, los comerciantes, los mineros y los transportadores; por lo tanto, la presente extorsión debe desligarse a esa función, es decir, no es conexo al concierto para delinquir, ya que la principal finalidad de la organización es el tráfico de estupefacientes.

Afirma el delegado Fiscal, que ha indicado la Corte que si se dio una imputación acertada o desacertada no corresponde a la Judicatura inmiscuirse en los preacuerdos, ya que sólo puede participar en un proceso ordinario y en todo caso, acá no se viola el principio de legalidad.

De otro lado, frente al delito de extorsión atenuada consumada, al cual se le reconoció la rebaja de 60% en consonancia con el artículo 268 del Código Penal, indica el delegado fiscal que "se debe investigar para imputar y no imputar para investigar"; ello, porque al momento de realizar la imputación y al día de hoy, la Fiscalía no tiene en su poder copia de esa sentencia condenatoria a la que hizo referencia el Despacho; pues si bien es cierto, hay un oficio de la Policía Nacional, en el cual se referencia al señor **COLORADO HENAO** con una sentencia de carácter condenatorio del 13 de septiembre de 2010, también se dice en el mismo oficio, que ello no puede constituirse como un antecedente hasta tanto no se logre establecer de que no se trata de un homónimo o similar. Pudo haber omisión de la Fiscalía, pero ello con el fin de permitir que el preacuerdo no se impruebe.

Ahora, frente a la irregularidad en cuanto a la pena de multa, al momento de realizar la operación matemática, sí quedó mal tasada, contrariándose de esta manera el artículo 39 del Código Penal, pues la misma debió ser de 2.040 s.m.l.m.v, tal y como la advirtió la Juez y no de 2.000 s.m.l.m.v, como se había acordado; sin embargo, esta situación puede subsanarse indicando las partes que aceptan esa corrección y en todo caso, ello no atenta contra el principio de legalidad; sino que es obligación de aprobación con ese error por parte de la Judicatura.

Así las cosas, solicita sea revocada la decisión de instancia y en su lugar, se imparta aprobación al preacuerdo

celebrado con el señor **CARLOS ARBEY COLORADO HENAO**, pues en todo caso, no es necesario tener en cuenta el sistema de cuartos para la individualización de la pena, aunque sí se dio la tarea de explicar de dónde provenía la pena acordada.

El delegado del Ministerio Público indica que efectivamente existe prohibición para los delitos de extorsión y conexos, tal y como lo establece el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 y tampoco hay duda, de que en la presente actuación se trata de un delito de concierto para delinquir que sí es conexo con la extorsión que se presentó, pues la exigencia la realizaba la organización delincinencial.

En lo que discrepa este funcionario, es que en términos del artículo 31 del Código Penal, el delito más grave por su naturaleza, no es el de concierto para delinquir agravado; sino el de extorsión, de ahí, que se debió partir de éste y no del concierto, es decir, se partiría de 28 meses más 24 días, toda vez que se encuentra acreditada la atenuante del artículo 268 C.P. y a partir de éste incrementar por los otros delitos, es decir, otro tanto por el concierto para delinquir, más otro tanto por el desplazamiento forzado; de ahí que considere que la pena pactada es la que debe soportar el imputado, esto es, cinco (5) años, más diez (10) meses y veinticuatro (24) días de prisión, siempre y cuando se parta de esa dosificación, pues se advierte que la Fiscalía erró en no partir del delito de extorsión; sin embargo, el monto de la pena es acorde a las conductas imputadas.

Así las cosas solicita revocar la decisión de instancia, pues a pesar de que el concierto para delinquir es conexo a la extorsión, no puede partirse de aquél delito para el monto de la pena, sino de la extorsión, ya que esta conducta por su naturaleza es más grave; además, debe tenerse en cuenta la rebaja del artículo 268 C.P., debido a que no hay certeza si la condena que se mencionó

corresponde al señor **COLORADO HENAO**. Igualmente, solicitó a la juez de instancia reformular el preacuerdo para que se establezca la pena de multa acorde a los delitos imputados.

Por último, el defensor solicita impartir aprobación al preacuerdo presentado ante la Judicatura; para ello indica que no hará referencia a la prohibición establecida en la Ley 1121, pero sí que se parta para la pena del delito de extorsión, teniendo en cuenta la rebaja del artículo 268 del Código Penal y para ello se acoge a la tesis del delegado del Ministerio Público; además, no se afecta el principio de legalidad, ni garantías fundamentales y en todo caso, el delito más grave es el de extorsión; por lo tanto, considera que debe revocarse la decisión de instancia y aprobarse el acuerdo, tal y como lo presenta el Procurador.

Además, con este preacuerdo se da aplicación al principio de celeridad, no se trata de irse a juicio para desgastar la administración de justicia, es el delegado Fiscal el dueño de la pretensión penal, es el quien puede negociar; por eso, solicita que se apruebe el acuerdo presentado a la Judicatura.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Acorde con el artículo 34 numeral primero de la ley 906 de 2004, tienen competencia las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial para conocer y desatar las apelaciones que se intenten en contra de los autos proferidos por los señores jueces penales del circuito del respectivo distrito, siendo este el caso que nos ocupa.

En primer lugar ha de manifestarse, que el juez de conocimiento, al analizar los términos en que se realiza el preacuerdo o la aceptación unilateral de cargos, en principio no tiene

limitado su examen únicamente a los aspectos formales, se ha dicho de antaño que no es un convidado de piedra en el proceso.

La jurisprudencia de la Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, reafirmando tal posición ha sido reiterada, entre ellas, se tiene la sentencia del 3 de febrero de 2016, dentro del radicado número 43.356¹, siendo magistrado ponente JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

Lo anterior significa que el Juez de conocimiento, conforme lo establece el artículo 293 de la ley 906 de 2004, tiene el deber de verificar que aquellos sean libres, espontáneos, voluntarios y, cómo no, que no afecten derechos o garantías fundamentales de las partes o intervinientes, tal y como lo expone el mismo delegado Fiscal; pero también debe el funcionario velar porque no se vulnere el principio de legalidad y allí es donde se presenta la primera discrepancia con el ente acusador, ya que éste afirma que en varios pronunciamientos de la Corte Suprema **-no menciona cuales-** se ha establecido que lo único que debe observar el juez al momento de revisar los términos del preacuerdo, es que no se vulneren derechos o garantías fundamentales, afirmación que no tiene soporte legal, ni jurisprudencial, pues como se acaba de citar, el juez de conocimiento también debe verificar si existe alguna prohibición, constitucional o legal, que impida celebrar la negociación, pues de evidenciarse le asiste el deber de improbarla, tal y como sucedió en el presente caso.

Entonces, aunque la Fiscalía ostenta amplias facultades para efectuar negociaciones con los acusados y el

¹ "Por lo tanto, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha fijado, el examen de los términos del preacuerdo no se limita a la revisión de los requisitos meramente formales, sino que incluye el control de legalidad de lo acordado; es decir, que su función es la de constatar si lo pactado entre el acusador y el imputado o procesado no desconoce garantías fundamentales, o bien si aquello sobre lo que recae es en verdad susceptible de consenso.

Es por lo anterior por lo que al juez del conocimiento le compete entrar a verificar si existe alguna prohibición, constitucional o legal, que impida celebrar el acuerdo suscrito entre la fiscalía; de evidenciarlo así le asiste el deber de improbar el preacuerdo, pues éste no puede rebasar los límites constitucionales y legales trazados, entre ellos, el principio acusatorio –que le exige observar la separación entre las funciones de acusar y juzgar- y el de imparcialidad”.

Juez no puede poner trabas a los preacuerdos cuando aquellos se encuentren ajustados a la ley, mírese que aquí es justamente un desconocimiento de la norma **-artículo 26 de la Ley 1121 de 2006-** al interior del preacuerdo lo que llevó a su improbación; ya que, pudo advertir la juez de instancia, que uno de los delitos acordados **-concierto para delinquir agravado-** era conexo al de extorsión, por ende, no podía ser objeto de ninguna rebaja y es allí donde se presenta la principal, pero no única razón, por la cual no aprobó los términos en que se hizo la negociación.

Ante ello, debe decirse que efectivamente los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión, por sí solos no pueden considerarse conexos, de ahí que inicialmente la prohibición que trae el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, solo se aplica a la conducta que atenta contra el patrimonio económico; sin embargo, cuando una de las finalidades de la cofradía es precisamente, la de la extorsión y se comprueba que estas son consecuencia del acuerdo de voluntades, sí se estaría frente a una conexidad entre estos dos ilícitos; por lo tanto, la prohibición referenciada se extendería al delito que atenta contra la seguridad pública.

Para un mejor entendimiento acerca de los delitos conexos, acertada resulta la exposición que hace la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 21 de mayo de 2015, así:

Como bien lo señala el accionante, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha distinguido entre conexidad sustancial y conexidad procesal. En virtud de la primera se ha entendido que:

Los delitos conexos son aquellos que se encuentran estrechamente entrelazados, como ocurre cuando un punible se comete como medio para alcanzar un fin delictivo (conexidad teleológica), por ejemplo, cometer un homicidio para realizar un hurto. También, cuando una conducta punible se comete para asegurar el producto de otra, v.g., cuando se lavan los activos procedentes de un delito de extorsión (conexidad paratática) (...) en aquellos casos en los que el segundo delito se comete para ocultar uno anterior, por ejemplo, cuando se causa la muerte al testigo de un acceso carnal violento (conexidad hipotática). (CSJ. SCP. Sentencia del 5 de diciembre de 2007. Rad. 25931).

Ahora bien, la denominada conexidad sustancial tiene efectos tanto sustanciales como procesales. **Ejemplo de lo primero es la exclusión dispuesta por el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006** y de lo segundo, el mandato de que los delitos conexos se investiguen y juzguen conjuntamente (inciso 2º del artículo 50 de la Ley 906 de 2004).

La conexidad sustancial presupone un concurso efectivo de delitos, el cual, desde el punto de vista temporal, puede ser simultáneo o sucesivo, porque unas conductas respecto de otras pueden ser antecedentes, concomitantes o subsiguientes.

Sin embargo, la conexidad no hace relación al orden en que se ejecutaron los delitos, sino al lazo que une a unos con otros. Dicho nexo es recíproco y no puede mirarse en un solo sentido para decir, v. gr., que el concierto para delinquir es conexo con la extorsión, pero no al revés, porque sería tanto como afirmar que el vínculo creado por el matrimonio obliga únicamente a uno solo de los contrayentes.

...
Trasladando el contenido de la anterior disposición al caso en examen, resulta evidente, porque así aparece admitido por el accionante, que a la perpetración de la extorsión se llegó como consecuencia de que los sujetos activos se concertaron para cometer esa especie delictiva. En tal sentido en el libelo de tutela se asevera que "la extorsión fue la exteriorización de la asociación para delinquir" (F. 5). Esa es la conexión. Sobre un caso similar la Sala de Casación Penal de la Corte dijo:

En primer término, a la luz del canon 51-3 de la ley 906 de 2004, se ofrece necesario indicar que los delitos imputados dentro de la presente causa tienen relación de conexidad entre sí, por cuanto, según expuso la Fiscalía, el concierto para delinquir presuntamente cometido, tenía por finalidad la ejecución de las extorsiones endilgadas. (AP7058-2014. Rad. No. 45016. Definición de competencia. 20 de noviembre de 2014).²

Ahora, indica el delegado Fiscal que el delito de extorsión imputado al señor **CARLOS ARBEY COLORADO HENAO**, no es consecuencia de las actividades de la organización delincinencial a la que éste pertenece, ya que la principal actividad del grupo delictivo, es la del tráfico de estupefacientes y de extorsiones, pero estas son dirigidas a los transportadores, comerciantes y mineros del sector de su influencia y la que se le endilgó al imputado, se trata de un caso aislado, por tal, no se trata de un delito conexo y por ende debe aprobarse el acuerdo al que se llegó.

No obstante lo anterior, observa esta Sala de Decisión, así como lo advirtieron la Juez de instancia y el mismo delegado del Ministerio Público, que la conducta de concierto para delinquir agravado imputada al señor **COLORADO HENAO** y que acá se está negociando, sí es conexas al punible de extorsión del cuál fuera víctima la señora **LUZ ASTRID ARENAS OSORNO**, lo que trae como

² Corte Suprema de Justicia-Sala Penal. Decisión de tutela del 21 de mayo de 2015. Radicado 79.766. M.P. José Luiz Barceló Camacho.

consecuencia, la extensión de la prohibición que establece el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006; por ende, no podía el delegado fiscal otorgar la rebaja del 45% que hizo frente al delito que atenta contra la seguridad pública.

Para soportar esta afirmación, suficiente resulta acudir a lo expuesto en el acta de preacuerdo allegado a la Judicatura donde se hace relación de la extorsión que sufrió la señora **ARENAS OSORNO**, por parte del señor **COLORADO HENAO**, pues ésta fue consecuencia de una represalia en contra de su hijo, por parte de la organización a la que éste pertenece, incluso, se arrió la declaración que rindió la víctima el 20 de abril de 2016, mediante la cual expuso lo siguiente:

“Yo vivo en la vereda El Porvenir, sector tres del municipio de Itagüí, hace unos tres años para acá he tenido problema con los integrantes del grupo delincencial El Porvenir, ya que tengo un hijo que es consumidor de droga y estas personas lo ponen a vender droga y le pagan con la droga para que el consuma y en ocasiones mi hijo se consume lo que le mandan vender, por eso lo han intentado matar varias veces, a él le tocó salir desplazado de la vereda el año pasado a principios de enero...el día dos de abril de este año mi hijo llegó escondido a la casa hasta que se dio cuenta alias el “enano” quien es el jefe del grupo delincencial...el día sábado como a las cinco de la tarde yo subía con mi esposo y nos abordó “Harvey-Arbey” y nos dijo que el patrón había dicho que teníamos que dar ochenta mil pesos por estar mi hijo en la casa, yo le dije que no tenía esa plata, entonces dijo que cincuenta mil pesos para el martes 19 -abril de 2016- y los otros treinta mil pesos para el sábado 23, que ellos iban por la plata a la casa y después que terminó de hablar con nosotros se reunió con el “Enano” quien es el jefe de ellos, le dije a mi esposo esa gente si es descarada tienen a mi hijo trabajando para ellos, no le pagan, solo le dan droga para que consuma y tras de eso le tengo que pagar por estar en mi casa...Alias “Harvey-Arbey”, el anda con el enano, él es el que le recoge la plata a los jibaros después de la venta del vicio y fue el que me abordó para cobrarme la extorsión que me mandó a cobrar el “Enano” por estar mi hijo en la casa y fue el que fue ayer martes 19 de abril por los primeros cincuenta mil pesos³

Así las cosas, encuentra esta Sala de Decisión, que en esta oportunidad sí se está frente a delitos conexos, ya que la conducta de concierto para delinquir agravado con fines de extorsión, no se limita a que éste fin propuesto por la organización se dé en contra de determinado sector de la población, sino, que éste efectivamente se produzca; además, el delito de extorsión del cual fue víctima la señora **ARENAS OSORNO**, no hubiera sido posible sin la

³ Folio 49 del expediente de CARLOS ARBEY COLORADO HENAO.

concertación previa de la organización, pues, lógico resulta concluir que si no operara la cofradía en el sector donde ella reside, no sería objeto de la exigencia económica que se le hizo y que finalmente tuvo que pagar a **COLORADO HENAO**, por el simple hecho de que su hijo viviera allí.

Aunado a lo anterior, el mismo fiscal en la sustentación del recurso de apelación indicó que: *“sin embargo, esta persona regresó nuevamente al barrio y **allí la misma organización le exigió a la progenitora de aquél, el pago de ochenta mil pesos, para permitirle que el pudiera residir en dicho inmueble**”*⁴; afirmación que da más peso a lo resuelto por la Juez de instancia, es decir, razón le asistió a la A-quo al improbar el preacuerdo que le fue presentado, ya que por expresa prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, los delitos conexos a la extorsión, como en este caso, el de concierto para delinquir agravado con fines de extorsión, no puede reconocérsele un descuento del 45%, tal y como lo hizo el delegado fiscal; toda vez, que como se expuso antes, se está frente a una afectación al principio de legalidad, además, el monto de la pena de multa, aunque por un margen menor, fue tasado indebidamente, contrariando el artículo 39 del Código Penal.

De otro lado, tanto el defensor como el Delegado del Ministerio Público, indican que efectivamente se está frente a un delito conexo a la extorsión; no obstante, el acuerdo puede aprobarse, ya que el monto de la pena se ajusta a los delitos cometidos, pues en todo caso, no debió partirse de la pena que trae la conducta de concierto para delinquir, sino, aquélla establecida para la extorsión consumada atenuada; ya que, el artículo 31 del Código Penal señala que cuando se trata de concurso de delitos debe tenerse en cuenta la pena más grave según la naturaleza de la conducta, de ahí que se

⁴ Record 00:37:36.

considere más grave la extorsión que el concierto para delinquir agravado y frente a la pena de multa, la misma puede readecuarse.

También indican que la rebaja que trae el artículo 268 para la conducta extorsiva debe aplicarse a este delito, pues no se probó que el imputado contara con antecedentes penales y en todo caso la referencia que se hizo fue de una sentencia que la pena fue extinguida.

Ante esta petición, debe decirse que la decisión de la *A-quo* fue coherente frente al preacuerdo que le fue presentado, ya que la actividad del funcionario, en el ejercicio del control judicial dentro del trámite de las negociaciones adelantadas entre la Fiscalía y el acusado, se limita de conformidad con lo señalado en los artículos 351 inciso 4º y 368 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, es decir, a aprobar el escrito de preacuerdo o a rechazarlo, tal y como lo señala la Corte Suprema de Justicia en decisión del 3 de febrero de 2016 (radicado 43.356. M.P. José Leonidas Bustos Martínez) en cita a pronunciamientos anteriores,⁵ de esta manera:

“El interrogante que surge entonces frente al problema jurídico que se planteó en un principio (supra 1) reside en establecer si, en armonía con lo hasta ahora analizado, es posible concebir en el juez una actuación distinta a las dos eventualidades contempladas, como lo sería intervenir en audiencia antes de pronunciarse acerca de la legalidad del preacuerdo, con el ánimo de que las partes modifiquen los términos de la negociación, y, de esta manera, ajustar la adecuación típica de la conducta a los hechos materia de imputación.

La respuesta, para la Sala, tiene que ser a todas luces negativa, pues, como ya se adujo en acápites anteriores, el principio acusatorio implica una rígida separación entre el juez y las partes, de manera que, si el funcionario advierte un error en la calificación jurídica de la conducta, lo que tendrá que hacer de manera inmediata en la audiencia de control será rechazar el respectivo acuerdo, para así propiciar la realización de otro que respete la consonancia predicable entre la imputación fáctica y la imputación jurídica, o bien la continuación ordinaria del proceso, **pero si por el contrario no adopta decisión alguna e interviene de cualquier otro modo para alterar tal calificación, lo único que haría sería alterar el equilibrio procesal entre la acusación y defensa, en detrimento de la imparcialidad que le es exigible.”**

Entonces, lo que plantean el defensor y el delegado del Ministerio Público, es que se apruebe una negociación

⁵ Cf. sentencia de 12 de diciembre de 2007, radicación 27759.

bajo unos términos diferentes a los presentados a la Judicatura, situación que como se acaba de exponer, va en contravía del sistema acusatorio y además, dejaría en entredicho la imparcialidad del juez y por otra parte, la dosificación que proponen, para que se parta del delito de extorsión consumada atenuada, tampoco puede ser atendida; este asunto ya fue zanjado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema, bajo el entendido que para la dosificación del concurso de conductas punibles, primero debe establecerse cual es el delito más grave y ello lo determina aquél que tenga una mayor pena, después de hacer la individualización de cada conducta, para tal efecto puede acudirse a la decisión del 25 de mayo de 2016, bajo el radicado 47.982, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, a través de la cual se hace un recuento jurisprudencial al respecto, así:

“Como el primer argumento propuesto por el censor se concreta en que el a quo realizó una equivocada interpretación del artículo 31 del Código Penal al escoger la pena de mayor sanción y no la de mayor gravedad, ha de señalarse que la jurisprudencia vigente **tiene dispuesto que la pena más grave se determina por la superior penalidad luego de efectuar la individualización de cada una de las sanciones.**

Doctrina que se planteó en CSJ SP, 9 Jun 2004, Rad. 20134, al señalarse que:

Ya es doctrina de la Corte señalar que en casos de concurso de conductas punibles, la fijación de la pena más grave no está fatídicamente atada a la previsión legal, sino que es el resultado de la individualización de la consecuencia punitiva que a cada uno de los comportamientos en concurso le corresponde, porque bien puede ocurrir que una conducta con mínimo normativo inferior al señalado para otra que con ella concurre, resulte sancionada con mayor severidad habida cuenta de sus particularidades ejecutivas.”

Posición replicada en CSJ SP, 26 Mar 2014, Rad. 38795 y CSJ AP, 24 Sep 2014, Rad. 43439. En aquella decisión sostuvo la Sala lo siguiente:

Por tanto, respetando los límites que impone el primer cuarto de punibilidad, la Corte fijará la pena de prisión para el delito de desplazamiento forzado **en 90 meses de prisión**, conclusión que permite afirmar que es este, y no el concierto para delinquir agravado, el delito más grave, pues, como la jurisprudencia lo tiene dicho: “es la pena individualizada de cada uno de los delitos en concurso la que conduce a determinar la base de construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto por los respectivos tipos penales” (CSJ SP, 25 de agosto de 2010, Rad. 33458). (Las líneas que subrayan el aparte del párrafo no aparecen en el texto original).

En resumen, tal y como lo dijo la A-quo, avizorando que existe conexidad entre el delito de concierto para delinquir y la extorsión que le es imputada al acusado, no cabe duda para la Sala que la improbación del acuerdo se halla ajustada a derecho.

Adicionalmente, tampoco es de recibo lo argüido por el Ministerio Público y la defensa respecto a que para la dosificación de la pena, debe partirse del ataque contra el patrimonio económico, pues, unos simples cálculos aritméticos, acorde a lo previsto en el artículo 31 del Código Penal, evidencian que, en efecto, la pena más grave a imponer, debidamente dosificada, sería por el concierto para delinquir.

Dado lo anterior, la conclusión que emerge no es otra que confirmar integralmente la providencia objeto del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia por autoridad de la Ley y en nombre de la República,

RESUELVE

CONFIRMAR el auto del diez de enero de dos mil diecisiete, proferido por la Jueza Cuarta Penal del Circuito Especializada de Medellín, por medio del cual improbió el acuerdo celebrado entre la fiscalía, **CARLOS ARBEY COLORADO HENAO** y su defensor.

REMÍTASE la actuación al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

Esta decisión queda notificada a las partes y a los intervinientes en estrados y contra la misma no proceden recursos.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

