



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

AUDIENCIA DE ARGUMENTACIÓN ORAL

Radicación	05-001-60-00-000-2019-01088
Procesado :	Jorge Eliecer Zapata López
Delito:	Concierto para delinquir agravado y extorsión agravada
Hechos:	<p>Se estableció la existencia de una estructura delincuencial con características de GDO u ODIN, denominada “Mondongueros” cuyos cabecillas fueron identificados como los hermanos Royer Mario y Dick Santiago Ceferino Alvarez y Luis Alfredo Metaute Taborda, con ámbito territorial de acción comprendido en los barrios Castilla, Gratamira, Boyacá Las Brisas y Florencia de la comuna 5 de Medellín; el colectivo se dedicaba a cometer homicidios, traficar con sustancias estupefacientes, la extorsión, el desplazamiento forzado, el porte ilegal de armas, el constreñimiento ilegal, el hurto y las amenazas; entre sus integrantes fue identificado Jorge Eliecer Zapata López, alias El Pollero, respecto de quien se acreditó su participación real en los siguientes hechos:</p> <p>El 23 de octubre de 2017 cuando Zapata López abordó un bus de servicio público, afiliado a Buses Trans Medellín, que cubría la ruta 270, conducido por agente encubierto, exigiéndole el pago de cuota extorsiva por valor de \$45.000. la misma exigencia en idénticas circunstancias se llevó a cabo los días 14 de noviembre de 2017, el 20 de noviembre de 2017 y el 11 de diciembre de 2017. Estos comportamientos se documentaron mediante registros de video y audio.</p>
Juzgado a quo:	3º Penal del Circuito Especializado de Medellín
Asunto:	Apelación de auto del 16 de diciembre de 2019 que improbo el preacuerdo suscrito entre la FGN y el acusado. Apelaron el fiscal y la defensa.
Magistrado ponente	Luis Enrique Restrepo Méndez

Medellín, cuatro (04) de febrero de dos mil veinte (2020)

AP 002-2020

Proyecto aprobado según acta Nro. 008

La Fiscalía formuló imputación en contra de Jorge Eliecer Zapata López como presunto autor de los punibles de concierto para delinquir agravado en los términos del artículo 340 incisos primero y segundo del C.P., en concurso heterogéneo y sucesivo con extorsión agravada, en concurso homogéneo y sucesivo en cuatro oportunidades, de acuerdo con los artículos 244 y 245.3 del mismo ordenamiento.

Posteriormente la fiscalía presentó escrito de acusación de fecha 27 de septiembre de 2018, convocando a juicio criminal al imputado en los mismos términos de la imputación. El anterior requerimiento se concretó en idéntico sentido a través de audiencia realizada el 26 de abril de 2019.

Llegada la fecha para agotar la audiencia preparatoria, el 7 de noviembre de 2019, la fiscalía peticiona se mute la razón de la diligencia por la de verificación de un preacuerdo a que han llegado, no sin antes realizar por parte de la fiscal del caso una variación en la calificación jurídica plasmada el llamado a juicio respecto de uno de los delitos allí incorporados, lo anterior con fundamento en nueva evidencia aportada por la defensa, tendiente a desvirtuar la pertenencia del acusado a una banda criminal, como resultado de ello mutó la calificación de concierto para delinquir agravado a favorecimiento, no como consecuencia del preacuerdo sino en consideración a elementos materiales probatorios aportados por la defensa que demuestran que el acusado no formaba parte del grupo criminal conocido como Los Mondongueros, ello, en concurso con 4 extorsiones agravadas, para luego afirmar que el acusado acepta los términos de esa nueva acusación.

Así las cosas, ante la futura indemnización de los perjuicios ocasionados con las extorsiones, aunada a la inaplicación de la ley 890 de 2004 y la aplicación de la rebaja de los artículos 268 y 269 del C.P. por la cuantía de las extorsiones y su indemnización se impone una pena de 18 meses por uno de los delitos de extorsión, sancionados con mayor severidad, guarismo que se incrementa en un mes por cada una de las

extorsiones y otro mes por el de favorecimiento, para un total de 22 meses de prisión y multa de 602 smlmv.

La *a quo* interrogó al fiscal acerca de cual era el objeto de favorecimiento, ante lo cual la parte respondió que lo era el concierto para delinquir, es decir, que el acusado sabía de la existencia de ese delito y lo favoreció, sin formar parte de la banda criminal, pues no había certeza sobre ese aspecto.

El Delegado del Ministerio Público, pidió aprobar el preacuerdo, aunque dijo que no debía inaplicarse la ley 890 de 2004, pues eso constituiría un doble beneficio ante la degradación del concierto para delinquir, ante lo cual el fiscal aclaró que la variación de la calificación jurídica no correspondía a una concesión preacordada sino a la necesidad de ajustarla a los hechos tal como acontecieron. Ante aquella aclaración el delegado del Ministerio Público pidió aprobar el preacuerdo.

El defensor de Zapata López citó la sentencia SP2042 de 2019, para justificar la variación en la calificación jurídica plasmada en la acusación, acudiendo al concepto de congruencia flexible, así como la 33.254 de 2013 para justificar la no aplicación de la ley 890 de 2004, cerrando su intervención con la petición de aprobación del preacuerdo.

La *a quo* suspendió la diligencia a efectos de esperar la indemnización de los perjuicios, sin interrogar al acusado acerca de si estaba o no de acuerdo con lo sostenido por la fiscalía.

LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La *A quo*, improbo el preacuerdo al considerar que la nueva calificación no se correspondía con la naturaleza de los hechos plasmados en la acusación, que no fueron modificados por el fiscal, ello, en razón a que el favorecimiento es un delito de ejecución instantánea, mientras que el concierto para delinquir es de ejecución permanente y, además, el favorecimiento exige en su descripción típica que el agente no haya tenido acuerdo previo en la ejecución del delito que favorece que para el caso

son las extorsiones por las que aceptó responsabilidad, todo lo cual resulta contradictorio y por ello inaceptable por parte de la judicatura en la medida en que convierte al acusado en coautor o por lo menos partícipe de aquella conducta.

DE LOS RECURSOS

1.El delegado de la Fiscalía General de la Nación insistió en que el agente conocía la existencia del grupo al margen de la ley, pero no está demostrado que estuviera concertado con sus integrantes para ejecutar los comportamientos que ejecutó, tal como se desprende del aporte probatorio de la defensa representado por una serie de declaraciones de conductores y propietarios de buses que identifican al acusado como el despachador de buses, desde hace mucho tiempo atrás, a quien varios de ellos le entregaban una suma de dinero para que la entregara a la banda con el fin de evitarse problemas, pero aclarando que el hombre no formaba parte de esa colectividad. Agregó que el solo hecho de admitir las extorsiones no demuestra que actuara de acuerdo con los integrantes de la banda, pues recibía las sumas por iniciativa de las víctimas; señaló ausencia de prueba directa de la pertenencia del acusado a la banda criminal, la que solo se advierte a través de inferencias. Añadió que en el presente asunto se respetó el *nomen iuris* del delito, el título, el capítulo y el artículo del código de las penas con la nueva calificación, enfatizando que es la fiscalía la titular de la acción penal y con su proceder no se ha incurrido en ninguna de las causales que posibilitan al juez su intervención a modo de control de la acusación. Cerró su intervención afirmando que puede variar la calificación incluso hasta los alegatos finales sin que esté impedido para hacerlo cuando se trata de terminaciones anticipadas del proceso.

2. La defensa dijo que el preacuerdo no vulnera derechos fundamentales, que la nueva calificación que adoptó la fiscalía se ajusta a los hechos demostrados; que la *a quo* se equivoca cuando dice que el acusado recibía propina de los integrantes del combo, pues la recibía de los conductores; de la misma manera que el favorecimiento se predica del concierto no de las extorsiones como lo mal interpretó la juez de instancia. Citó la decisión SP668 de 2018 radicado 49.570 de acuerdo con la cual las

posibilidades de variación de la calificación jurídica plasmada en la acusación desvirtúan el carácter pétreo de la misma. Pidió aprobar el preacuerdo.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala de Decisión es competente para desatar el recurso de apelación que interpusieron tanto el Fiscal Delegado como el defensor del imputado, contra la providencia mediante la cual la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín, decidió improbar el preacuerdo celebrado entre las partes.

2. Se anticipa desde ya que la decisión objeto de alzada será confirmada. A efectos de sustentar el anterior aserto, el Tribunal realizará, en primer término, unas breves reflexiones acerca de la facultad de la fiscalía para introducir ajustes a la calificación jurídica contenida en la imputación, para luego verificar la facultad, esta vez del juez, de ejercer algún control sobre esa variación o ajuste de la calificación jurídica; acto seguido se aplicarán al caso concreto los conceptos teóricos expuestos en los apartes previos.

3. En el sentido anunciado, primero se ocupará la Sala de la posibilidad que asiste a la Fiscalía de introducir ajustes a la calificación jurídica plasmada en la imputación y reproducida en la acusación, tópico sobre el cual ninguna consideración realizó la *a quo*, dando por descontado que le es propia a la fiscalía sin ningún tipo de condicionamiento, criterio que en sentir del Tribunal ha de ser precisado.

Sobre ese particular ha sostenido la Corte de Casación:

De tiempo atrás la jurisprudencia se ha referido a la posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de ajustar la calificación jurídica durante la acusación. Las normas que regulan este aspecto y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular fueron analizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, donde se precisó:

Jorge Eliecer Zapata López

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.

La anterior doctrina no admite mayor discusión cuando se trata de un trámite ordinario. El problema se suscita cuando ese tipo de ajustes se ejecutan en el acta de un preacuerdo, no como parte de las concesiones hechas al imputado o acusado, sino como producto de las valoraciones del fiscal sobre la calificación jurídica correcta para el caso en particular.

La Sala considera que esos cambios son procedentes, en los mismos términos en que podrían hacerse en el trámite ordinario.

En primer lugar, porque el acta de preacuerdo equivale al escrito de acusación, como lo dispone expresamente el artículo 350 de la Ley 906 de 2004. De esta manera, si para el momento del acuerdo la Fiscalía considera que debe hacer algún ajuste a la calificación jurídica efectuada en la imputación, en salvaguarda del principio de legalidad, puede hacerlo en esa oportunidad.

...
Ahora bien, al hacer uso de esta posibilidad la Fiscalía debe explicar con claridad qué parte del contenido del acta corresponde a los ajustes de la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y cuál es el componente del beneficio otorgado en virtud del preacuerdo. ²(Subrayado por el Tribunal)

De la decisión cuyo aparte se acaba de transcribir, puede colegirse en primer término, que efectivamente la Fiscalía esta facultada para incorporar o realizar ajustes a la calificación jurídica contenida en la imputación; segundo, que esos ajustes se explican en el carácter progresivo del proceso penal, soportado a su vez en la posibilidad de que la fiscalía continúe su actividad investigativa después de realizada la imputación, con lo cual al momento de formular la acusación puede haber accedido a elementos

¹ Entre otras, CSJ SP 17 Sep. 2007, Rad. 27336 y CSJ SP 28 Nov. 2007, Rad. 27518.

² CS de J SP14842-2015, 43.436

materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que justifiquen y hagan necesaria esa variación; tercero, que esos ajustes, de ser necesarios, se deben realizar durante la acusación; cuarto, que esa posibilidad opera en la forma ordinaria del proceso y en la abreviada, en la media en que el acta de preacuerdo equivale al escrito de acusación, orden de ideas en el cual si la fiscalía considera necesario mutar la calificación jurídica de los cargos plasmados en la imputación, puede hacerlo en el acta de preacuerdo; finalmente esa variación, si responde a la necesidad de ajustar la calificación jurídica de los hechos al principio de legalidad, debe ser explicada y justificada por el fiscal.

4. Superado el primero de los asuntos anunciados, se aborda a continuación el relativo a la posibilidad del juez de ejercer control material sobre ese ajuste en la calificación jurídica contenida en la acusación.

Para el efecto anunciado atrás ha de acudirse de nuevo a la misma decisión que se viene examinando, donde la Corporación de cierre indicó la necesidad de que el fiscal precise si la variación introducida a la calificación jurídica contenida en la imputación responde o se constituye en objeto de la negociación o si, como se viene analizando, surge de la necesidad de garantizar el principio de legalidad, aclaración que resulta vital a fin de establecer los límites a la intervención judicial en su control.

Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 Jul. 2014, Rad. 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial³, concluyó que “por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

Las facultades y límites que tiene el juez para controlar la acusación en el proceso ordinario deben operar en los casos de terminación anticipada de la actuación penal. De lo contrario, pueden generarse las situaciones atrás referidas: (i) que la Fiscalía prefiera esperar hasta la audiencia de acusación para realizar los ajustes a la calificación jurídica, con las implicaciones que de ello pueden derivarse para los derechos del procesado y para la celeridad del trámite, según lo indicado en los párrafos precedentes, o (ii) que los términos de la acusación, en los casos de terminación anticipada, sean establecidos por el Juez y no por la

³ CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Agost. 2013, Rad. 41375; CSJ SP, 21 Mar. 2012, Rad. 38256; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 39892 y CSJ AP, 16 Oct. 2013, Rad. 39886.

Jorge Eliecer Zapata López

Fiscalía, lo que resultaría contrario a la división constitucional de funciones en materia penal y la imparcialidad del juez.

Ahora bien, si el Juez considera que los cambios realizados por el fiscal a la calificación jurídica bajo el ropaje de ajustes a la legalidad, entrañan una evidente estrategia para conceder al acusado beneficios prohibidos por el ordenamiento jurídico, tiene la carga de sustentar debidamente sus conclusiones, tanto para cumplir el deber constitucional y legal de motivar sus decisiones como para brindarle a las partes la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

En todo caso, en esos eventos el Juez debe aclarar suficientemente su decisión, esto es, debe precisar si está realizando un control sobre la acusación, si de lo que se trata es de ejercer un control sobre los términos del preacuerdo explicitados por las partes, o si, en su sentir, se está frente a evidentes maniobras orientadas a conceder beneficios inapropiados al procesado bajo la excusa de estar realizando ajustes en el ámbito de la legalidad. De esta manera, se insiste, las partes tendrán la oportunidad de controlar sus decisiones a través de los recursos, sin perjuicio de las otras vías de control consagradas en el ordenamiento jurídico.
⁴(subrayado por el Tribunal)

Del aparte transcrito se colige, primero que, por regla general, el juez no puede ejercer control material sobre la acusación; no obstante lo cual, ante actuaciones sesgadas de la fiscalía que tienen el interés oculto de otorgar beneficios prohibidos, puede hacerlo con la carga argumentativa suficiente que justifique su intromisión.

Del caso concreto

5. En el presente asunto, en sentir del Tribunal, se justifica plenamente la intromisión del juez en el control material de la acusación, justo por las razones acabadas de exponer. Más claro, el Fiscal del caso procedió de manera irregular porque introdujo, en sede de la audiencia preparatoria, un ajuste a la calificación jurídica contenida en una acusación, proceder que además de extemporáneo, se realizó con el único y evidente fin de eludir una prohibición legal, proceder reprochable y por contera inaceptable por parte de la judicatura. Estas la razones:

5.1 La formulación de imputación se concretó por los delitos de concierto para delinquir agravado (art. 340 inciso 2º C.P.) en concurso con cuatro actos constitutivos

⁴ CS de J, decisión citada atrás

de extorsión agravada (arts. 244 y 245.3 ibídem); los anteriores cargos fueron plasmados en el escrito de acusación de fecha 27 de septiembre de 2018, en el que se dijo que el delito de concierto para delinquir agravado se venía ejecutando desde el primero de enero de 2016 y hasta la fecha de la captura el 30 de mayo de 2018, cargos que se concretaron exactamente en los mismo términos de la imputación, en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 26 de abril de 2019. Expresado de diferente manera, el requerimiento fiscal se profirió por los delitos atrás señalados.

5.2 El artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, posee el siguiente tenor:

ARTÍCULO 26. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

Una primera aclaración que emerge necesaria, hace relación con la referencia contenida en el precepto normativo a la sentencia anticipada, lo que en su momento permitiría concluir que se trata de un instituto no consagrado en la ley 906 de 2004 y por contera de una disposición no aplicable a ese ordenamiento adjetivo.

Empero, se trata de una discusión ampliamente superada desde recién entrada en vigencia la norma, pues se tuvo claro que esta reprodujo íntegramente el artículo 11 de la Ley 733 de 2002, que de conformidad con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no resultaba aplicable al procedimiento contenido en la ley 906 de 2004; así, lo que buscó el legislador con la expedición del artículo 26 en cita, aplicable al caso, fue precisamente suplir ese vacío respecto del, para ese entonces, noble sistema penal de juzgamiento⁵. Lo anterior significa que la norma y la prohibición en ella contenida se aplican a casos de allanamientos y preacuerdos.

⁵ C.S. de J. radicado 29.788 de 29 de julio de 2008.

En claro lo anterior, cabe mencionar que no admite ninguna duda que la prohibición abarca el delito de extorsión y los que le sean conexos.

5.3 De acuerdo con lo hasta aquí considerado, de haberse conservado la calificación jurídica inicial y correcta no procedía ningún tipo de rebaja por cuenta de cualquier preacuerdo o allanamiento, por expresa prohibición del legislador.

La anterior fue la razón para que la Fiscalía, en un discurso plagado de retórica pero carente de dogmática jurídica, realizara un esfuerzo inútil por acreditar la inexistencia del concierto para delinquir, punible sancionado con penas mínimas de 8 años y 2.700 smlmv, guarismos muy superiores a los 16 meses con que se sanciona el favorecimiento, pero cercanos a los impuestos en otras condenas por hechos de semejante jaez a personas judicializadas en compañía de Zapata López.

Evidente se hace lo anterior, con el hecho de que una vez ajustada de tan irregular manera la calificación jurídica contenida en la acusación, Zapata López la aceptaría sin aparente contraprestación alguna desde la punibilidad, de esa manera se disimularía u ocultaría el desconocimiento a la prohibición legal de conceder rebajas por preacuerdos y allanamientos. Adicionalmente, el Tribunal advierte que la fiscalía llamó preacuerdo a lo que en condiciones razonables y ajustadas a derecho habría sido un allanamiento sin contraprestación alguna. Ni siquiera en este aspecto atinó la fiscalía a utilizar adecuadamente el lenguaje técnico que debe regir la actuación.

5.4 Aunado a lo anterior, le asiste razón a la *a quo*, cuando sostiene que la descripción fáctica expuesta en las audiencias preliminares y contenida en la acusación, que vale la pena reiterar, fue repetida al pie de la letra al momento de *ajustar* la calificación jurídica, no se adecúa ni con un esfuerzo argumentativo superlativo a la conducta de favorecimiento.

En efecto, el artículo 446 del C.P. posee el siguiente tenor:

ARTICULO 446. FAVORECIMIENTO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> ***El que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la***

acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.

Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión.

Si se tratare de contravención se impondrá multa.

El fundamento de la fiscalía para defender la nueva adecuación típica, está representado en una serie de entrevistas o declaraciones aportadas por la defensa, en las que un número plural de personas afirman conocer al acusado de años atrás como despachador de buses, algunos de ellos niegan que pertenezca a cualquier grupo al margen de la ley y otros dicen que le pagaban para evitar problemas con los del combo. En sentir del fiscal, tales versiones demuestran que el acusado actuaba sin concierto previo con la banda a la que servía de cobrador de las extorsiones.

En opinión del Tribunal la posición del acusador resulta inaceptable, pues, tal como lo consideró la *a quo* contradice los hechos jurídicamente relevantes que puso de presentes en todos los escenarios procesales en que lo consideró necesario. Desconoció, por ejemplo, que el acusado se vio involucrado en 4 actos de extorsión, de allí que resulte francamente inconcebible pensar que actuara como simple favorecedor de una conducta ajena. Una hipótesis como la sugerida por el fiscal del caso podría aceptarse, aunque no sin dificultad, si es que la acción se hubiese dado en una única oportunidad, de manera espontánea, como lo sugiere el acusador; solo así podría invocarse la ausencia de concierto previo. Más claro, si se hubiese demostrado que el acusado recibió de los conductores una suma de dinero y luego al percatarse del carácter ilícito de su proceder se negó a seguir recibéndolos.

Es que a partir de esa primera acción, no podría continuar ejecutando la que admite como extorsiva, sin conocer la existencia del grupo al margen de la ley destinatario de los dineros por él ilícitamente recaudados, ni mucho menos la aquiescencia y conocimiento de los integrantes de esa banda acerca de su proceder. Está demostrado que Zapata López fue ejecutor consciente de las conductas constitutivas de extorsión, así como el conocimiento real de que procedía en favor de una colectividad al margen de la ley, lo que supone un concierto previo, un acuerdo que en el peor de los casos se admitiría como tácito, pero cierto, al fin y al cabo.

Es más, la forma en que realizó los cobros permite inferir la consciencia de su proceder; no es irrelevante que al momento de realizar la exigencia manifestara al conductor del vehículo: *ya sabe que debe pagar porque si no la organización puede hacer algo; o Qué más niño, esté tranquilo que mientras pagamos la vacuna a los del combo, nada va a pasar.* Aparte del claro contenido violento que se halla implícito en ese cobro, así el fiscal haya llegado al extremo de ponerlo en duda, pues es claro que si un combo delincuencia decide *hacer algo*, será algo que atente contra la vida y seguridad del rebelde a cumplir sus designios, así lo indica la experiencia, también puede afirmarse que nadie procede como lo hizo Zapata López a *motu proprio*, sin contar con la autorización y acuerdo del dueño de la actividad, lo que traslada la acción de un simple favorecimiento al campo de la autoría.

Se equivoca el fiscal, cuando afirma que no tiene prueba directa del concierto para delinquir, que se trata de un hecho que se infiere, pero no está demostrado, afirmación con la cual menosprecia y desconoce que la inferencia es una forma de razonamiento admitida en materia penal. En este caso los hechos ciertos en que se soporta esa inferencia, están plenamente demostrados y no se desvirtúan porque una serie de personas afirmen, sin certeza, la ajenidad del acusado respecto de la banda los mondongueros, como si la actividad que desplegaba el acusado como despachador de buses fuera incompatible con la de extorsionista por cuenta de aquel grupo criminal.

Adicionalmente, la experiencia enseña que conductores de servicio público se ven compelidos, por la propia necesidad de ejercer su labor, a tolerar este tipo de comportamientos, pues en la medida en que los denuncien se verán sometidos a diferentes formas de violencia que le hace imposible laborar o pone en riesgo sus vidas. No en vano se tuvo que acudir a un funcionario infiltrado para que cumpliera el rol de conductor, quien podría dar cuenta de las acciones de los criminales sin temor a represalias posteriores.

Todo lo anterior a fin de explicar las razones por las cuales las entrevistas o declaraciones aportadas por la defensa no ostentan la contundencia que el fiscal dócilmente les asigna.

Hasta aquí, la realidad que reflejan los hechos y los elementos materiales probatorios con que cuenta la actuación, ubica al acusado cumpliendo un rol esencial en una de las muchas actividades al margen de la ley que ejecutaba y ejecuta el grupo conocido como los mondongueros, al cual se dice el acusado pertenecía desde el 1 de enero de 2016, afirmación producto de meses de investigación, que no se desvanece con una interpretación absolutamente deficiente en su fundamentación, como la que ofrece la fiscalía.

6. En síntesis, se tiene que en tratándose de trámites propios de preacuerdos, si bien la fiscalía puede ajustar la calificación jurídica contenida en la acusación en respeto del principio de legalidad, esa facultad no puede ser utilizada a efectos de eludir prohibiciones legales de concesión de rebajas de pena, pues, de proceder de esa manera, el juez tiene la facultad de ejercer un control material de esa acusación, dando lugar como en este asunto, a la improbación de la aceptación de cargos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **RESUELVE: Confirmar** el auto del 16 de diciembre de 2019 que improbió el preacuerdo suscrito entre la FGN y el acusado Jorge Eliécer Zapata López.

Esta decisión se notifica por estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO