



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, martes, cuatro de mayo de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0042 del veintiuno de abril de
dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la señora Procuradora 134 Judicial II Penal, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 14 de septiembre de 2020 por el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante el cual condenó al señor JUAN PABLO GALLEGO, entre otros, a la pena principal preacordada de cuatro (04) años de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, por hallarlo responsable del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR (artículo 340, inciso 1º, del código penal).

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"De los EMP, EF e ILO allegado en la indagación con NUNC 050016000248201900919, se puede inferir razonablemente que desde el año 2016 policías adscritos a la Estación de Policía Manrique realizaban actos de corrupción, obteniéndose señalamientos concretos desde el mes de abril de 2018, lográndose individualizar a algunos de los policiales que estaban inmersos en hechos delictivos y que le colaboraban o le exigían dádivas a integrantes de grupos delincuenciales que tenían asiento en el barrio Manrique de Medellín y a personas que capturaban en situación de flagrancia, entre esos grupos estaba el coordinado por alias BUSETO, ya condenado, que se denominaba LA BANCA, y el grupo delincencial que operaba en BARRIOS UNIDOS y también estaba el grupo al cual pertenece la persona conocida con el alias de EL HECHICERO.

Contando con información en lo referente a grupos delincuenciales que operaban en Manrique se determinó que uno de esos grupos era el conocido como LOS PATOS, que tenía injerencia en los sectores de Barrios Unidos, Jardín y Balcones de la comuna 3 Manrique, de la existencia de esta banda se tenía conocimiento desde el año 2018, siendo señalado como líder de ese grupo a alias HECHICERO, persona que se tenía documentada desde enero 2017; los integrantes del grupo delincencial LOS PATOS se dedican al hurto y al comercio de estupefacientes, esta última actividad la han desarrollado hasta el mes febrero 2020.

Respecto a cada uno de los acusados se tiene:

...

JUAN PABLO GALLEGO, conocido como PABLO o PABLILLO, tiene mando frente al grupo delincriminal común organizado denominado LOS PATOS, el cual lidera el señor CARLOS PIEDRAHITA, dado que el señor PIEDRAHITA le delega muchas de las actividades que tiene que desarrollar, incluso asiste a reuniones de jefes de zona para tratar asuntos que les atañe a todos.

Se documentó, la participación de JUAN PABLO GALLEO en grupos delincriminales, desde el momento en que se interceptó la línea del señor PIEDRAHITA, en agosto 2019; se encarga de impartir órdenes para la distribución de alucinógenos en los sitios de distribución que están al mando del sr CARLOS PIEDRAHITA, también se dedica al comercio de motocicletas hurtadas.”

En diligencia preliminar realizada los días 02 y 03 de marzo de 2020, el señor JUAN PABLO GALLEGO, entre otros, fue presentado ante el Juez Doce Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, funcionario que verificó la legalidad del procedimiento de captura y le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión, previa formulación de imputación por parte de la Fiscal General de la Nación por el delito de concierto para delinquir con fines de portar, conservar, distribuir, y comercializar sustancias estupefacientes (artículo 340, inciso 2º, del código penal), cargo que no fue aceptado por el imputado.

El 30 de junio siguiente se radicó escrito de acusación y la formulación oral se instaló el 09 de septiembre de esa anualidad ante el Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, y al inicio de la diligencia la representante del ente acusador informó que había llegado a un preacuerdo con tres procesados, debidamente asesorados por sus defensores, y en lo que interesa en este evento manifestó que la negociación consistía

en que el señor JUAN PABLO GALLEGO acepta su responsabilidad penal como autor de la conducta punible imputada de concierto para delinquir agravado (inciso 2° del artículo 340 del código penal) y como contraprestación la Fiscalía le quita el agravante endilgado solo con ocasión del preacuerdo, estableciendo una pena a imponer de cuatro (04) años de prisión.

La anterior convención fue aprobada por el fallador emitiendo el sentido de fallo de carácter condenatorio, previa verificación de que el implicado obró de manera libre, consciente, voluntaria y plenamente asesorado por su defensora. Acto seguido se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. Finalmente, el 14 de septiembre de 2020 se dio lectura al fallo que es motivo de apelación.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En punto de la controversia, el sentenciador de primera instancia le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor JUAN PABLO GALLEGO aduciendo que no tiene antecedentes, que el delito por el cual se le condena no está enlistado en el artículo 68A del código penal y la pena impuesta es de cuatro (4) años de prisión, lo que quiere decir que cumple con los requisitos contenidos en el artículo 63 ibídem que regula dicho instituto.

Al respecto, sostuvo el a quo que las directivas de la Fiscalía General de la Nación no pueden pasar por encima de la ley, razón por la cual a los delegados Fiscales no se les puede

prohibir que reconozcan circunstancias amplificadoras del tipo vía preacuerdo ni tampoco les es exigible que justifiquen las herramientas que eligen como contraprestación por la negociación, pues dichos funcionarios tienen discrecionalidad para utilizarlas según el propósito de cada caso.

Agregó que al momento de negociar, el Fiscal tiene múltiples herramientas como lo son: (i) conceder un porcentaje de rebaja, (ii) degradar la participación a cómplice, (iii) adecuar la conducta a un tipo penal más benévolo, (iv) retirar causales de agravación (genéricas o específicas), (v) conceder causales de atenuación (genéricas o específicas), (vi) reconocer ira e intenso dolor, (vii) reconocer marginalidad, pobreza o ignorancia extrema, (viii) tasar él mismo la pena y, (ix) desconocer el sistema de cuartos en la tasación de esa pena.

En este sentido, indicó que las consecuencias que trae la aplicación de cada herramienta son distintas, pues no es lo mismo degradar la participación de autor a cómplice que quitar el agravante, razón por la cual los delegados de la Fiscalía deben ser cuidadosos y elegir con atención lo que le van a ofrecer al procesado pues el efecto de utilizar una u otra, insiste, no puede ser igual.

Anotó el fallador que, en el caso concreto, al haberse retirado el agravante del inciso 2 del artículo 340 del código penal, la defensa tenía todo el derecho de pedir la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria a favor de su prohijado, pues si la Fiscalía quiere que el acusado permanezca privado de su libertad en establecimiento penitenciario y que no procedan los beneficios citados debe dejar el delito

preacordado dentro del inciso 2º, ello teniendo en cuenta que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 indica que el preacuerdo podrá versar sobre los hechos imputados y sus consecuencias, siendo una la pena a imponer, de eso no hay duda, pero otra también es cómo se ejecuta esa sanción y dónde se cumplirá (en prisión, en casa o suspendida).

Ahora, sobre la providencia N° 52227 de 2020, expresó que de conformidad con los dos problemas jurídicos abordados en dicha decisión encuentra grandes diferencias entre ese caso y el que ahora es motivo de estudio, pues en este no hay un cambio de la calificación jurídica y el delito no fue cometido contra una persona vulnerable. Y respecto a la sentencia C-1260 de 2005, en lo atinente a que la negociación se hará sobre los términos de la formulación de imputación, afirmó que ello no significa que la condena tenga que ser sobre el delito imputado sino que, en su criterio, la formulación de imputación es el techo de la negociación y de allí en adelante cualquier término favorable para el reo es posible.

Anunció que, contrario a lo dicho por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, estima que es apenas obvio que la degradación de la conducta se haga sin ninguna base fáctica pues, si se tuviera, ya no sería un preacuerdo por cuanto la Fiscalía no daría nada a cambio de la aceptación y se estaría frente a un juicio de imputación o acusación diferente a una negociación, resaltando que en este caso el tipo penal sigue siendo el mismo, al menos en el aspecto básico: concierto para delinquir.

Retomó el contenido de la sentencia N° 52227 de 2020 para decir que no se le puede tener miedo a los debates que

se presenten en torno a la concesión de subrogados penales y que en su caso hubiese sido más fácil condenar por el inciso 2° del artículo 340 del código penal, pero que ¿para qué preacuerda un procesado el retiro del agravante aludido? Siendo obvio que para pelear el subrogado. También expuso que comparte plenamente el postulado que trae el salvamento de voto allí incorporado respecto a que en materia penal no puede haber interpretaciones que amplíen la punibilidad, tal como lo reseña la sentencia C-645 de 2012, pues dicha función es exclusiva del Congreso de la República.

Finalizó cuestionando la sentencia con radicado N° 50000 de 2018 al razonar que deviene muy difícil o imposible sostener que la Fiscalía al retirar la causal de agravación del inciso 2° del artículo 340 del código penal no quiso que se concedieran subrogados porque en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 pidió que se negaran, pues ello sería lo mismo que sostener que al no dejar el multicitado agravante en la negociación no tendría problema en que se concedieran. Advirtió que cuando el representante del ente acusador indica que el único beneficio es el retiro del inciso segundo es solo para indicar que la petición del subrogado la hace la defensa como consecuencia de esa herramienta usada en la negociación, pues es bien sabido que el código de procedimiento penal prohíbe el doble beneficio.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

La Procuradora 144 Judicial Penal II, luego de hacer un breve recuento procesal, exteriorizó que su inconformidad en el hecho de que se hubiese proferido condena en contra del señor JUAN PABLO GALLEGO como autor del delito de concierto para

delinquir simple y en consecuencia se le concediera la suspensión condicional de la ejecución de la pena, desconociéndose así los términos del preacuerdo que fueron expuestos por la señora Fiscal.

Enunció que la Corte Suprema de Justicia ha establecido una línea jurisprudencial en materia de preacuerdos, de la que se destacan las obligaciones que tiene la Fiscalía sobre la claridad en la negociación, correspondiéndole determinar si las modificaciones realizadas a la tipificación de la conducta corresponden al resultado de un "ajuste a la legalidad" o a un beneficio que se otorga como producto del acuerdo, debiendo precisar adicionalmente cuál fue la modalidad de preacuerdo seleccionada y cuáles serán las consecuencias que se podrán derivar del mismo (ver radicado 52227 SP 2073 de 2020; radicado 50659 SP 2295 de 2020; radicado 54039 SP 3002 de 2020).

Y sobre el caso objeto de análisis, aseveró que la delegada Fiscal fue suficientemente clara al momento de presentar el preacuerdo, explicando que el inciso 1º del artículo 340 del código penal se utilizaba únicamente con efectos sobre la punición; que durante la audiencia de verificación del preacuerdo se hizo énfasis en este aspecto y el juez de conocimiento le aclaró al procesado tal situación, por tanto, no tenía competencia el a quo para derivar del convenio efectos distintos a aquéllos queridos por voluntad del ente acusador, pues, enfatiza, de la manera como fue presentada la negociación resulta evidente que la Fiscalía solicitó condena por el delito de concierto para delinquir agravado que fue el realmente cometido e imputado al procesado.

Señaló que es cierto que las directrices del Fiscal General de la Nación no están por encima de las leyes, pero que en

este caso concreto no se utilizó ni la marginalidad ni la ira e intenso dolor como fórmula de negociación, por lo que el tema de discusión no es que la delegada de la Fiscalía haya desconocido alguna directiva, sino que se acogió a una de las modalidades de preacuerdo que establece la ley, consistente en tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, y además de ello procedió a limitar expresamente sus consecuencias, conforme lo autoriza la ley y exige la jurisprudencia atrás referida, razón por la cual debió haberse proferido sentencia condenatoria por el delito de concierto para delinquir agravado y negándose la concesión de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad por prohibición legal expresa, tal y como lo señaló la Fiscal en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, lo que ratifica cuál era su pretensión de condena.

Apuntó que el proceder del fallador de primera instancia contradice sus propias manifestaciones, pues reconoce que los delegados Fiscales tienen la discrecionalidad para usar la "herramienta", como denomina la figura del preacuerdo, pero desconoce lo expresamente consignado en la ley procedimental penal cuando dispone que los convenios celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, por lo que, siendo ello claro, el a quo no podía darle a la negociación unos efectos diferentes a los establecidos por la Fiscal del caso y en ese sentido vulneró el principio de legalidad al haber condenado al señor JUAN PABLO GALLEGO por un delito diferente al que fue solicitado por la representante del ente acusador y concederle un subrogado penal que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 68A del código penal, citando además dos providencias proferidas por otras salas de decisión de esta Corporación como sustento de sus argumentos.

Continuó la delegada del Ministerio Público sosteniendo que de conformidad con lo ocurrido durante la audiencia de verificación del preacuerdo, encuentra que claramente pudo existir un vicio del consentimiento en el procesado porque su defensor fue enfático en considerar que aún con las precisiones que realizó la Fiscal del caso, la solicitud de explicación que realizó la suscrita Procuradora y la aclaración que le dio el Juez al procesado, le resultaba factible discutir la procedencia del mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por lo que se puede concluir, sin lugar a equívoco, que en tal sentido y de manera indebida fue la asesoría que le brindó a su cliente, razón por la cual por lo procedente es anular la aceptación de cargos.

Así las cosas, la censora deprecó que se anule parcialmente la presente actuación, desde la aceptación de cargos por vía de preacuerdo efectuada por el procesado JUAN PABLO GALLEGO, pues, en consonancia con lo dicho en precedencia, en este evento no considera factible la simple revocatoria de la providencia de primera instancia para proceder a emitir condena por el delito realmente aceptado y como consecuencia de ello negar los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Por su parte, **el defensor del señor JUAN PABLO GALLEGO**, como no recurrente, inició haciendo una transcripción de los argumentos ofrecidos en el disenso para luego pasar a indicar que no está de acuerdo con la manifestación de la recurrente pues destaca que en el presente asunto la Fiscal 166 Seccional, doctora GLORIA EUGENIA CANCHALA TORRES, con quien pactó vía correo electrónico el preacuerdo, fijó los siguientes términos: *"PARA JUAN PABLO GALLEGO: QUEDA CONFORME LA PROPUESTA ENVIADA: COMO ÚNICO BENEFICIO ELIMINAR EL AGARAVANTE DEL INCISO SEGUNDO*

DEL ART 340 QUEDANDO ENTONCES EN CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE Y DEJAR LA TASACIÓN DE LA PENA Y POSIBILIDAD DE BENEFICIOS O SUBROGADOS A CRITERIO DEL JUZGADO FALLADOR, ADVIRTIENDOSE QUE LA FISCALÍA NO HARA NINGUNA PETICIÓN A FAVOR, EN ESE SENTIDO”, negociación que finalmente fue presentada ante la judicatura por una representante del ente acusador distinta, pues a la audiencia acudió la Fiscal 43 Especializada, la doctora FABIOLA BERMÚDEZ.

Razonó que si bien es cierto la señora procuradora manifestó su posición frente al preacuerdo, también lo es que no le asiste la facultad para ejercer un control material del mismo, por lo que no entiende la conclusión a la que llega la censora según la cual el juez de conocimiento no tenía competencia para derivar del preacuerdo efectos distintos a aquellos queridos por la voluntad de la Fiscalía, máxime cuando la representante de dicho ente acusador no solicitó que se condenara a su prohijado por concierto para delinquir agravado sino por el punible simple, es decir, el contenido en el inciso 1º del artículo 340 del código penal.

Y sobre la afirmación de la recurrente según la cual la Fiscalía lo que pretendía era solo rebajar la pena, afirmó que de ello ser así la defensa no se hubiera desgastado tratando de lograr un preacuerdo como el que se pactó, pues la idea siempre fue suprimir el agravante para que superada la cortapisa de que trata el artículo 68A del código penal desapareciera la prohibición legal y así poder solicitar a la judicatura en la audiencia de individualización de pena y sentencia la concesión del subrogado de que trata el artículo 63 ibídem, o la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria.

Aseveró que en su sentir no es cierto que el juzgador de primera instancia le hubiese dado al preacuerdo efectos diferentes a los establecidos por la Fiscal del caso, por el contrario, considera que aquel actuó conforme lo faculta la ley ya que efectivamente se eliminó el agravante del inciso 2º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 por vía de negociación, y por lo tanto lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal y entonces no solamente se modifican los extremos punitivos de la pena a imponer sino que, adicional a ello, no pudo quedar incluido en las prohibiciones del artículo 68A ibídem el concierto simple, que fue en última instancia lo que se negoció.

Concluyó expresando que de conformidad con la sentencia N° 52960 de 2018, respecto al tema que ocupa nuestra atención, dijo la Corte Suprema de Justicia que *"en este orden y de acuerdo con el criterio aplicado recientemente por la sala (CSJ SP, 28 febrero de 2018, Rad. 50000), es la conducta efectivamente aceptada por el procesado lo que marca la pauta para analizar la procedencia de la prisión domiciliaria y el subrogado penal"*, y en ese sentido se puede concluir que el delito por el que se preacuerda es el que fija el patrón para la concesión del subrogado penal, entendimiento que acogió esta Corporación en otro proceso en el que él fungió también como defensor y que se llevó a cabo una actuación procesal similar a la actual, por lo que su proceder de ninguna manera puede calificarse como una mala o indebida asesoría para con su cliente o que el señor juez este equivocado en su percepción, pues simplemente se trata de posiciones jurídicas disimiles frente al mismo tema, razón por la cual no hay lugar a que se anule parcialmente este trámite desde la aceptación de cargos vía preacuerdo, especialmente porque tampoco se sustentó jurídica ni fácticamente dicha pretensión, menos aun cuando no se cumple

con ninguna de las hipótesis contemplados en los artículos 455 y siguientes del código de procedimiento penal.

Por todo lo anterior, solicitó el defensor que se confirme la sentencia proferida por el Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. En razón de la limitación temática de la segunda instancia sólo examinaremos el único punto del disenso referido a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El disenso planteado por la delegada del Ministerio Público está basado en que si bien al señor JUAN PABLO GALLEGO se le fijó la pena mínima prevista para del delito de concierto para delinquir simple, lo cierto es que ello fue así únicamente para cumplir con la finalidad acordada en relación con la disminución punitiva, pero que con el preacuerdo celebrado entre las partes queda completamente claro que el acusado aceptó su responsabilidad penal frente al punible con la agravante contenida en el inciso 2º del artículo 340 del código penal, razón por la cual resulta errado el análisis realizado por el fallador al momento de emitir el juicio de reproche por un delito distinto al que fue endilgado por el ente acusador y aceptado por el implicado, y bajo el cual

estimó procedente la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en el sub judice.

Al respecto, lo primero que debe decirse es que esta Sala de Decisión Penal, en su mayoría por cuanto el Magistrado RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ presentaba su salvamento de voto frente a este tema, consideró hasta hace poco sobre la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que constituía un error afirmar que la agravación del concierto para delinquir permanecía a pesar de haber sido eliminada consensuadamente, pues ello representaba un nuevo panorama en la calificación de la conducta que la hacía definitiva, adecuación típica que una vez aprobada por el sentenciador al proferir el fallo de acuerdo con los términos de preacuerdo no podía desconocerla en punto de los subrogados penales.

Sin embargo, para este momento, la Corte Suprema de Justicia ha fijado una sólida línea en punto de definir que cuando la modificación de la conducta punible (referida a la aplicación de normas no concordantes con el caso específico) se presenta con la única intención de otorgar una rebaja punitiva como contraprestación por la negociación, de ninguna manera puede entenderse que la situación fáctica y jurídica inicialmente atribuida se haya variado, y por tanto es sobre esa imputación original que se siguen rigiendo las demás repercusiones procesales y legales, tesis con base en la cual se recogerá la postura inicial y en adelante esta Sala de Decisión mayoritaria adoptará este último juicio de razonamiento, premisa que coincide con la que desde antaño ha sostenido el doctor RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ, y en ese sentido pasará a pronunciarse.

Y es que frente a lo inmediatamente aludido tenemos que recientemente, en la sentencia SP2073-2020, con radicación N° 52227 del 24 de junio de 2020, la Alta Corporación se expresó en los siguientes términos:

"6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

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.”(Subrayas fuera del texto original).

Pues bien, frente a la tesis expuesta por la recurrente respecto a que la eliminación de la agravante contenida en el inciso segundo del artículo 340 del código penal obedeció exclusivamente al cumplimiento de la disminución punitiva acordada, esta Corporación pasará a revisar los términos fijados en el preacuerdo en aras de determinar si bajo ese entendido la judicatura de primera instancia erró en la solución jurídica que le dio al caso objeto de estudio. Entonces, en el acta de la audiencia de formulación de acusación que mutó a verificación de preacuerdo, respecto al señor JUAN PABLO GALLEGO se consignó que:

"3. JUAN PABLO GALLEGO, acepta el delito imputado de concierto para delinquir agravado (arts. 340 inciso 2 del CP), a cambio la Fiscalía le quita el agravante del punible imputado, quedando en concierto para delinquir simple (art. 340-1 del CP), solo con ocasión del preacuerdo, fijando la pena principal en 4 años de prisión."

Adicionalmente, y una vez revisado el registro audio-visual de la diligencia referida, se tiene que la delegada de la Fiscalía al culminar la verbalización de los términos del preacuerdo expresó que *"se indicará su señoría que todos estos preacuerdos es solo para efectos de punibilidad y para efectos de preacuerdo como lo permite la ley procesal penal y la jurisprudencia"*¹.

De conformidad con lo anterior, de manera clara se extrae que la eliminación del agravante contenido en el inciso 2º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 en este evento se dio con el propósito exclusivo de concederle al señor JUAN PABLO GALLEGO un pena inferior a la que originalmente sería acreedor, ello por su aceptación de cargos a través del preacuerdo, razón por la cual para las demás consecuencias jurídicas, incluido el análisis de la concesión de subrogados o beneficios penales, deben seguirse las normas aplicables a la hipótesis factual atribuida, esto es, concierto para delinquir agravado, conclusión que se encuentra soportada en el desarrollo jurisprudencial aducido al inicio del abordaje de este problema jurídico.

En este sentido, debe decirse que no le asiste razón el a quo cuando afirma que al haberse retirado el agravante del inciso 2 del artículo 340 del código penal la consecuencia es la

¹ Audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el 09 de septiembre de 2020 ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín (minuto 17:54 a 18:03).

concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a favor del acusado, pues si el querer de la Fiscalía era que permaneciera privado de su libertad en establecimiento penitenciario y que no procedan beneficios o subrogados penales debió haber dejado el delito preacordado dentro del inciso 2º de dicha normatividad, pues, tal y como el mismo juzgador argumentó, los delegados Fiscales gozan de cierta “discrecionalidad” al momento de establecer los términos bajo los cuales llevaran a cabo la negociación con el procesado y su defensa.

Y es que de acuerdo con el catálogo de opciones - relacionado de manera expresa en la decisión impugnada- que tienen disponibles para utilizar al momento de celebrar preacuerdos, el representante del ente acusador es libre de elegir el que prefiera, siempre y cuando con este no vulnere el principio de legalidad, sin que la elección de uno u otro pueda derivar en una especulación de que el propósito del referido funcionario era otro al explícitamente manifestado en la negociación. Obsérvese que en este caso concreto y para llegar a la pena acordada de 48 meses de prisión que deberá pagar el señor GALLEGO, la Fiscalía, a manera de ejemplo y para darle claridad a la judicatura de primera instancia, pudo perfectamente haber degradado la participación del procesado en la ejecución de la conducta punible de autor a cómplice, o bien pudo simplemente haber otorgado una rebaja del 50% de la pena a imponer, o eliminar el agravante contenido en el inciso 2º del artículo 340 del código penal -como efectivamente lo hizo-, pudiendo con cualquiera de estas formas de negociación llegar al mismo quantum punitivo.

Por lo tanto, el raciocinio del fallador de primera instancia no deviene pertinente por cuanto la delegada de la Fiscalía

manifestó de manera directa y concreta que la forma seleccionada para la celebración del preacuerdo con el señor JUAN PABLO GALLEGO se constituye en un instrumento o mecanismo para disminuir la pena a imponerle, lo que se traduce en que efectivamente se negoció el reconocimiento de la conducta punible de concierto para delinquir, pero única y exclusivamente para que se aplicara la pena fijada en el numeral 1º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, mas no como una modificación de la premisa fáctica de la imputación, razón por la cual en este sentido se aclarará la sentencia impugnada respecto al delito por el cual se emite el juicio de reproche.

Ahora, sobre la solicitud de nulidad parcial elevada por la recurrente ante un presunto vicio en el consentimiento del señor JUAN PABLO GALLEGO, señala esta Corporación que dicha petición no está llamada a prosperar por cuanto le asiste razón al defensor en el sentido de que en el asunto debatido lo que se presenta es un problema de interpretación sobre los efectos del convenio celebrado por las partes, divergencia que calificó como *"posiciones jurídicas disímiles frente al mismo tema"*, pues se reconoce que el tema no ha sido del todo pacífico y por ello el órgano de cierre en lo penal ha intervenido para unificar la jurisprudencia desarrollada al respecto, máxime cuando en la audiencia de verificación de preacuerdo quedó registrado el asesoramiento final realizado por el defensor de confianza a su poderdante y en el mismo le explicó la posibilidad que había de que se generara oposición a la concesión de subrogados penales a su favor en razón precisamente de las diferentes posturas jurídicas existentes sobre este aspecto.

Entonces, como quedó claro con la jurisprudencia transcrita en precedencia, y de acuerdo con los términos en que se llevó a cabo el preacuerdo entre la Fiscalía y el procesado, en este evento no se satisface el numeral 2º del artículo 63 del código penal, pues el delito por el cual fue condenado el señor JUAN PABLO GALLEGO se encuentra enlistado en el artículo 68A ibídem, lo que obliga a la judicatura a negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena al procesado, razón por la cual esta Corporación modificará la sentencia impugnada sobre este aspecto.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia de naturaleza y origen conocidos en el sentido de que el delito por el que fue hallado penalmente responsable el señor JUAN PABLO GALLEGO es CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar se NIEGA la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor JUAN PABLO GALLEGO, ello de conformidad con lo argumentado en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: En firme esta decisión expídase la respectiva **ORDEN DE CAPTURA** para efectos de la ejecución de la

pena. En lo demás objeto de apelación se confirma la decisión aludida.

CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado