El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Octubre 8 de 2018, 8:34 a.m. |
| Indiciado:  | Gerardo Antonio Suaza Vélez |
| Cédulas de ciudadanía: | 75´036.174 expedida en Anserma (C/das.) |
| Delito: | Concierto para delinquir agravado |
| Bien jurídico tutelado: | Seguridad Pública |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por el delegado de la Fiscalía contra el auto de enero 12 de 2018, por medio del cual se negó la preclusión solicitada. REVOCA |

**TEMAS: CONCIERTO PARA DELINQUIR / PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / IMPOSIBILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / VALORACIÓN PROBATORIA / REQUISITOS DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR / REQUISITOS DE LA COAUTORÍA.**

Por parte de la Fiscalía se solicitó la preclusión a su favor con fundamento en lo establecido en los artículos 331 y 332 numeral 6º C.P. -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- respecto del delito de concierto para delinquir, toda vez que no cuenta con medios de conocimiento que indiquen que Suaza Vélez fuera miembro de la organización criminal dedicada a la distribución de sustancias estupefacientes frente a la cual se adelantó la investigación por varios meses…

El juez de primer nivel no accedió a la solicitud invocada, al considerar que no se encuentra acreditada la causal en la que fundamenta su pretensión el ente fiscal, la cual para tener vocación de prosperidad debe estar plenamente acreditada…

Para la Colegiatura, una vez analizados los elementos probatorios con los que cuenta la Fiscalía, se advierte que le asiste razón a su delegado al sostener que no tiene cómo fundamentar una acusación contra el señor Gerardo Antonio por el delito de concierto para delinquir, puesto que no se encuentran demostrados los elementos del tipo de concierto para delinquir con fines de traficar estupefacientes…

El tipo penal de concierto para delinquir, si bien se trata de un delito de mera conducta, requiere la acreditación de unos requisitos que este caso no se dan, como son: (i) acuerdo de voluntades entre varias personas para cometer delitos; (ii) organización que tenga el propósito de realizar un número indeterminado de injustos, no obstante que pueden ser determinados en su especie; y (iii) la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa criminal pactada. (…)

Precisamente por eso tampoco podía hablarse siquiera de una coautoría en el tráfico de estupefacientes, toda vez que dicha modalidad también requiere de un acuerdo previo de voluntad –que se echa de menos- para cometer determinados delitos, además de otros requisitos como lo son: la realización de las exigencias del tipo o tipos penales acordados -coautoría propia-, o la división de trabajo para ejecutar los mismos -coautoría impropia-.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, ocho (8) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

 ACTA DE APROBACIÓN Nº 910

 SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se pronuncia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- En informe ejecutivo de abril 06 de 2016 suscrito por funcionarios de la Sijin de Quinchía (Rda.) se puso en conocimiento de la Fiscalía Veintinueve Seccional de dicho municipio la existencia de una organización delincuencial dedicada al microtráfico de estupefacientes en el barrio Popular del Corregimiento de Irra, en razón de lo cual se iniciaron labores investigativas tendientes a corroborar lo pertinente, y se logró identificar e individualizar a los responsables de esas conductas delictivas, y de igual forma establecer en cuáles inmuebles se llevaba a cabo la comercialización de dicha sustancia.

En virtud de los elementos probatorios y evidencia física recaudados, en noviembre 30 de 2016 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quinchía (Rda.) se solicitaron órdenes de captura contra OSIEL DE JESÚS MORENO AGUIRRE, LINA MARCELA GUZMÁN VILLADA, PAULA ANDREA GUZMÁN VILLADA, MARÍA CENELLY VILLADA, DIDIER ALONSO GUZMÁN VILLADA, EDERSON ARELY BETANCURT GARCÍA, LUZ MARINA TREJOS y LEÓN STIVEN VÉLEZ QUINTANA, las cuales fueron emitidas y se hicieron efectivas al día siguiente, fecha en la que también se llevó a cabo diligencia de registro y allanamiento a trece inmuebles ubicados en dicho Corregimiento. En el operativo fue aprehendido en flagrancia GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ, quien indicó ser el propietario de la sustancia estupefaciente hallada en una de las residencias, y que al ser sometida a la prueba de P.I.P.H. dio positiva para cocaína y sus derivados, con un peso neto de 36.9 gramos.

1.2.- En diciembre 02 de 2016 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Quinchía (Rda.) se llevaron a cabo las audiencias preliminares por medio de las cuales: (i) se le impartió legalidad a la orden, al procedimiento y a los elementos incautados en la diligencia de registro y allanamiento; (ii) se declaró legal la captura de los señores OSIEL DE JESÚS MORENO AGUIRRE, LINA MARCELA GUZMÁN VILLADA, PAULA ANDREA GUZMÁN VILLADA, MARÍA CENELLY VILLADA, DIDIER ALONSO GUZMÁN VILLADA, EDERSON ARELY BETANCURT GARCÍA, LUZ MARINA TREJOS, LEÓN STIVEN VÉLEZ QUINTANA y GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ; (iii) se le formuló imputación a DIDIER ALONSO GUZMÁN VILLADA, MARÍA CENELY VILLADA, LEÓN STIVEN VÉLEZ QUINTANA, LUZ MARINA TREJOS y GERARDO ANTONIO SUAZA en calidad de coautores a título de dolo de las conductas punibles de concierto para delinquir con fines de tráfico de estupefacientes –Art. 340 incisos 1 y 2 C.P.-, y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en las modalidades de “vender”, “conservar” y “distribuir” -artículo 376 inciso 2º ibídem-, y a PAULA ANDREA GUZMÁN VILLADA, LINA MARCELA GUZMÁN VILLADA, EDERSON ARLEY BETANCURT GARCÍA y OSIEL DE JESÚS MORENO AGUIRRE como coautores a título de dolo de los ilícitos de concierto para delinquir con fines de tráfico de estupefacientes -art. 340 incisos 2 y 3 C.P. - en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes verbos rectores “vender, “distribuir” y “conservar” –artículo 376 incisos 2 y 3 C.P.-, cargos que no fueron aceptados por los indiciados; (iv) y se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión.

1.3.- Posteriormente se llevó a cabo preacuerdo en el que se consignó que a PAULA ANDREA GUZMÁN VILLADA, LINA MARCELA GUZMÁN VILLADA, EDERSON ARLEY BETANCURT GARCÍA y OSIEL DE JESÚS MORENO AGUIRRE se les eliminó el numeral 3º del artículo 340 del C.P., por no contarse con elementos suficientes para asegurar que eran cabecillas o líderes de la organización criminal, y de igual forma que todos los judicializados, excepto GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ, aceptarían cargos por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes verbos rectores “vender”, “distribuir” y “conservar”, y para efectos del concurso se partiría de la pena mínima establecida para el concierto, esto es, 96 meses de prisión, a los que se le adicionarían 12 meses por el de tráfico, para un total de 108 meses, a los cuales se les debía descontar el 50%, quedando la sanción a imponer en 54 meses. En el caso puntual de GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ se pactó el allanamiento únicamente respecto del ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, para el cual se partiría de la pena mínima, 64 meses de prisión, y se le concedería descuento del 50%, por lo que la sanción definitiva sería de 32 meses. Frente a dicho ciudadano se genera entonces ruptura por el punible de concierto para delinquir, y se indicó por el delegado fiscal que se solicitaría preclusión.

1.4.- En abril 06 de 2017 el representante del órgano persecutor pidió preclusión a favor de SUAZA VÉLEZ por la conducta punible de concierto para delinquir, la cual correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de esta ciudad. La audiencia de sustentación se llevó a cabo en noviembre 3 de 2017, en la cual se esgrimieron como fundamento de la petición los siguientes argumentos:

En este caso se presentó una ruptura de la unidad procesal del caso adelantado bajo el radicado 66594600006320161600141, que se inició con base en informe de abril 06 del año 2016 suscrito por funcionarios de la SIJIN de Quinchía, quienes pusieron en conocimiento de la Fiscalía la existencia de una organización delincuencial dedicada al microtráfico de estupefacientes en el barrio Popular del Corregimiento de Irra, y quienes al parecer utilizaban menores de edad para la distribución de dichas sustancias.

Se adelantaron labores investigativas, tales como: entrevistas, reconocimientos fotográficos, interceptaciones telefónicas, elementos de conformidad con los cuales se logró identificar como miembros de ese grupo delictivo, entre otros, a LEÓN STIVEN VÉLEZ QUINTANA, PAULA ANDREA GUZMÁN VILLADA, OSIEL DE JESÚS MORENO AGUIRRE, LINA MARCELA GUZMÁN VILLADA, EDERSON ARLEY BETANCURT GARCÍA, LUZ MARINA TREJOS, MARÍA CENELLY VILLADA y DIDIER ALONSO GUZMÁN VILLADA., y en atención a ello en noviembre 30 de 2016 se solicitó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quinchía (Rda.) se libraran las correspondientes órdenes de captura en contra de los referidos ciudadanos, que fueron emitidas y se hicieron efectivas en diciembre 01 de 2016. En esa misma fecha se realizaron una serie de diligencias de registro y allanamiento en los inmuebles de las personas de las cuales se había ordenado la aprehensión, y puntualmente en la residencia de LUZ MARINA TREJOS los agentes a cargo del operativo hallaron sustancia similar a estupefaciente dentro de dos bolsas en un tanque de agua, respecto de la cual GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ, esposo de aquella, indicó que era suya y que la tenía para el consumo, lo que dio lugar a su captura. Al efectuarse la prueba de P.I.P.H. dio positivo para cocaína y sus derivados, con un peso neto de 36.9 gramos.

Entre el 2 y 5 de diciembre de 2016 se efectuaron las audiencias de legalización de las órdenes y elementos incautados en la diligencia de registro y allanamiento, la captura, y se llevó a cabo la imputación, en la que pese a que para ese momento no se tenían elementos para vincular a GERARDO ANTONIO en la actividad delincuencial referida, se le endilgaron cargos también por el delito de concierto para delinquir y se le solicitó la correspondiente medida de aseguramiento.

Previo a presentarse el correspondiente escrito de acusación y dentro de los términos legales, se llegó a un preacuerdo con cada una de las personas capturadas, e incluso con GERARDO ANTONIO, en virtud del cual los primeros aceptaron los cargos tal como se los había formulado la Fiscalía, esto es, por el delito de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por los verbos rectores “vender”, “distribuir” y “conservar”, mientras que frente a SUAZA VÉLEZ, en consideración a que no se contaba con medios probatorios que dieran cuenta que fuera miembro de la organización criminal, el allanamiento fue solo con relación al tráfico de estupefacientes. Dicha negociación fue aprobada por el juzgado en mayo 10 de 2017, y está pendiente la individualización de pena y sentencia.

Verificados los elementos de conocimiento con los que cuenta el ente acusador, y los diferentes informes de Policía Judicial, se tiene que en ninguno de ellos se señala a GERARDO ANTONIO como una de las personas vinculadas a ese grupo delincuencial. No puede perderse de vista que la investigación inició desde abril 06 de 2016 y se concretó con las órdenes de captura emitidas en noviembre 30 de 2016, es decir, transcurrieron varios meses en los que la policía identificó a quienes verdaderamente pertenecían a esa organización y entre ellas no está SUAZA VÉLEZ.

Por esa razón la Fiscalía solicita se precluya la investigación a favor de GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ en relación con el delito de concierto para delinquir, con fundamento en lo establecido en los artículos 331 y 332 numeral 6º C.P. -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, respecto del delito de concierto para delinquir que le fue imputado.

1.5.- La defensa coadyuva la solicitud invocada por el representante de la Fiscalía, y al efecto expuso:

De acuerdo con los elementos materiales probatorios se tiene que su prohijado no participó ni ha participado o hacía parte de la organización criminal a la cual le fue imputado el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico. Precisamente por ello desde las audiencias preliminares se pidió por parte de la defensa al Juez Promiscuo Municipal de Quinchía (Rda.) que no se le imputara el citado punible, y que tampoco se le impusiera medida de aseguramiento.

Tal como lo ha narrado la Fiscalía se tenían unas órdenes de captura, registro y allanamiento que incluían a la señora LUZ MARINA -esposa del señor Gerardo- y su residencia. En horas de la madrugada GERARDO ANTONIO aparece allí, y para ese momento ya se había encontrado una sustancia en el tanque de la casa y dijo que era de él, por cuanto es consumidor de la misma. A consecuencia de ello fue capturado por el delito de tráfico de estupefacientes verbo rector “conservar”.

Si bien quedó demostrado que alguno de los integrantes, entre ellos, PAULA ANDREA GUZMÁN VILLA, LINA MARCELA GUZMÁN VILLADA, MARÍA CENELY VILLADA, DIDIER ALONSO GUZMÁN VILLADA, y la misma LUZ MARINA TREJOS aceptaron los cargos por concierto para delinquir en el preacuerdo celebrado con la Fiscalía, dicho punible no fue aceptado por su representado, y por ello la Fiscalía pidió la preclusión a su favor por ese ilícito, con fundamento en los establecido en el artículo 331 s.s. C.P.

1.6.- Una vez analizada la carpeta y lo expuesto por las partes, el juez de instancia decidió negar la preclusión, y fundamentó así lo resuelto:

El ciudadano **GERARDO ANTONIO SUAZA** es compañero permanente de la señora **LUZ MARINA TREJOS** desde hace 20 años, quien es reconocida, confesa y declarada integrante de la red de distribución y expendio de cocaína al menudeo, tal como lo admitió al celebrar preacuerdo con la Fiscalía, y el hecho de que tuviera una cantidad tan alta de cocaína, forzosamente conduce a concluir que no tenía como destinación el consumo personal de él.

La lógica y la experiencia indican que la presentación y distribución en dos paquetes, no concuerdan en modo alguno con la hipótesis de una sustancia cuya tenencia y conservación hubiese sido para el uso, como quiera que en general el consumidor adquiere el estupefaciente empacado en papeletas, lo que facilita su adquisición y utilización.

Dicha cantidad además representaba un valor económico elevado, que resultaría increíble asumir que el señor **GERARDO SUAZA**, quien manifestó desempeñarse como minero, de precarias condiciones económicas, pudiese destinar una gran suma de dinero para adquirirla, mientras su compañera permanente se dedicada a vender en la misma residencia y al menudeo papeletas que contenían la misma clase de sustancia estupefaciente, esto es, cocaína. Resultaría absurdo el comportamiento de la pareja conformada por **GERARDO** y **LUZ MARINA**, de quien algunos entrevistados por los investigadores pusieron de presente que sus hijos les ayudaban en la venta de estupefacientes.

Contrario a lo esgrimido por la Fiscalía en cuanto a que no fue posible desvirtuar la presunción de inocencia del procesado por no contar con elementos materiales probatorios que los vinculen con la comercialización de estupefacientes dentro de la organización delincuencial contra la cual se adelantó la investigación, se tiene que ese ente no adelantó labor alguna encaminada a establecer cuál era el rol desarrollado por **SUAZA VÉLEZ** en orden a confirmar o desvirtuar el cargo que le formulara en la audiencia de imputación como coautor del delito de concierto para delinquir, en concurso con el tráfico de estupefacientes, cargo este último al que ya se allanó mediante preacuerdo, y por el cual se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio, entonces solo está pendiente la lectura de la sentencia, diligencia que se llevará a cabo a continuación.

Añade el funcionario que para sustentar la solicitud de preclusión la causal invocada debe tener plena comprobación, lo que no ocurre en el presente caso, por lo que resulta imperioso despachar negativamente la petición elevada.

1.7.- Inconforme con la decisión adoptada, el delegado del ente acusador, coadyuvado por el representante del Ministerio Público y el defensor, la impugnó, y una vez sustentado en debida forma el recurso el mismo se concedió en el efecto suspensivo.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscalía -recurrente-

Insiste en que debe decretarse la preclusión a favor del señor **GERARDO ANTONIO SUAZA** por la conducta de concierto para delinquir, y al respecto argumentó:

Es un hecho cierto que existe una investigación que inició en el año 2016 de acuerdo con información brindada por fuente humana no formal a la Policía de Quinchía (Rda.), acerca de una banda delincuencial dedicada al microtráfico de estupefacientes en el barrio Popular del Corregimiento de Irra, la cual al parecer utilizaba menores de edad para la distribución de esas sustancias.

La Fiscalía del municipio impartió órdenes a la Policía Judicial en aras de lograr la identificación e individualización del grupo de personas que estaba cometiendo esta conducta, a consecuencia de lo cual se realizaron labores de vecindario, seguimiento y vigilancia de personas, videos, entrevistas a residentes del sector, algunos compradores incluso llevaron muestras de la sustancia, y con base en ello los uniformados lograron determinar quiénes hacían parte de esta organización concertada para la distribución de marihuana y cocaína, y cuáles eran los inmuebles utilizados para la comercialización de dichos alcaloides.

Las personas identificadas e individualizadas en un rol concreto de concertación frente al expendio de sustancias estupefacientes fueron ocho, LEÓN STIVEN VÉLEZ, PAULA ANDREA GUZMÁN, OSIEL DE JESÚS MORENO, LINA MARCELA GUZMÁN, EDERSON ARLEY BETANCURT, LUZ MARINA TREJOS, MARÍA CENELLY VILLADA y DIDIER ALONSO GUZMÁN VILLADA, y en contra de éstos ante el juez de control de garantías se solicitaron las correspondientes órdenes de captura, las cuales fueron emitidas y se dispuso también el registro y allanamiento de las viviendas en la que residían.

En los medios de conocimiento con los que cuenta la Fiscalía no aparece el nombre de **GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ** por ningún lado, no obstante que dicho ciudadano fue capturado en el momento en que se realizaba la diligencia de registro y allanamiento, así como la captura de **LUZ MARINA TREJOS** quien es su esposa, puesto que se pudo establecer que es un minero y solo reside los fines de semana en ese lugar. Si bien éste se hizo cargo de 36.9 gramos de cocaína, muy seguramente por sacar del problema a **LUZ MARINA**, sin contar que contra ella ya pesaba toda una investigación con elementos serios que indican que hace parte de ese grupo de personas, y por ese hecho se le hizo imputación y se allanó al cargos.

El concierto para delinquir con fines de expendio de estupefacientes establecido en el artículo 340 C.P. tiene unos ingredientes normativos del tipo que deben demostrarse en juicio, además del acuerdo de personas con un fin común delictivo que en este caso sería la distribución de esa sustancia; sin embargo, en este caso ese solo elemento brilla por su ausencia, ya que no existe ningún medio probatorio que comprometa a **GERARDO ANTONIO VÉLEZ** con el citado grupo de personas que aceptaron su responsabilidad en ese ilícito en virtud del preacuerdo celebrado, o que distribuía el alcaloide, ni que indique que se concertó con ese propósito y estaba vinculado permanente y sistemáticamente al fin de la organización, menos aún que tuviera un rol concretamente definitivo como sí lo tenían los otros involucrados.

Si bien fue imputado el concierto, ello obedeció a una ligereza de la misma Fiscalía, porque es claro que aceptar la conservación en su inmueble de esos 36.9 gramos de cocaína no lo hacía autor o responsable de esa otra conducta, ni es suficiente su captura en flagrancia para demostrar su compromiso en ese otro ilícito, y en ese momento no se tenía una inferencia razonable de autoría y participación como tampoco se tiene ahora para hablar de una probabilidad de verdad o una acusación para este ciudadano frente a dicho punible; luego entonces no puede llevarse a juicio sin tener elementos probatorios, o por lo menos convicción de que éste en efecto desarrollaba esa actividad delictiva. Así las cosas, el ente acusador no puede ser irresponsable y mantenerse tozudamente en una posición, casi objetivista, derivada de la sola presencia física de señor **GERARDO ANTONIO SUAZA** en ese lugar, para vincularlo con otro tipo penal que es mucho más exigente y comprometedor.

No puede concluirse tampoco, que por el solo hecho de que **GERARDO ANTONIO SUAZA** es el esposo de **LUZ MARINA TREJOS** y estaba presente allí, tenía un rol dentro de la organización o hacía parte de ella. Es posible que esto se piense pero no se tiene ningún medio probatorio si quiera potencial que así lo establezca.

De igual forma, en el caso de que a **SUAZA VÉLEZ** le constara la actividad ilícita desarrollada por su esposa, de acuerdo con el artículo 33 Superior al existir un vínculo matrimonial entre él y **LUZ MARINA**, ninguno de los dos está obligado a declarar en contra del otro. Adicionalmente, no existen elementos como lo dice el señor juez que los hijos de esta pareja estuvieran distribuyendo sustancia estupefaciente porque ninguno de ellos está procesado en esta investigación, o por lo menos no se denota aquí.

En cuanto a que se tratara de una gran cantidad de estupefaciente es también discutible, pues 36.9 gramos de cocaína respecto a una verdadera organización delincuencial que maneja cantidades mucho más altas, de 5 o 10 kilos, como se ha visto en otros casos, no pude considerarse como exagerada. No puede decirse tampoco que tuviera un gran valor económico, puesto que no se trata de cocaína pura, sino que es una base de coca que tiene otros aditamentos, y en el mercado una dosis de la misma no vale más de $2.000.oo, por lo que no puede afirmarse que **GERARDO ANTONIO** es un narcotraficante a gran escala, y que esa conservación por si misma lo vincula a toda una estructura u organización criminal.

En esas condiciones, no se tiene otra salida conforme a la normativa procedimental que pedir la preclusión por no desvirtuarse la presunción de inocencia de este ciudadano.

**2.2.-** Procurador Judicial -coadyuva recurso-

Es del criterio que debe accederse a la preclusión invocada. En ese sentido sostuvo:

De acuerdo con el artículo 381 C.P.P. la presunción de inocencia solo se desvirtúa cuando existan elementos materiales de prueba que permitan al juez tener la convicción de la comisión de la conducta punible, así como de la responsabilidad y autoría por parte del acusado, de lo contrario sigue incólume ese principio.

En el presente caso los únicos elementos materiales de prueba que permiten afirmar la incursión por parte de **SUAZA VÉLEZ** en una actuación delictiva, es el hallazgo de la droga y la aceptación por parte del mismo de ser el propietario de esa sustancia, lo que lo ubica como autor del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de conservación, pero no en punto a la tipificación del punible de concierto para delinquir.

No se tienen medios de conocimiento que permitan demostrar que **GERARDO ANTONIO SUAZA** tenga un acuerdo de voluntad con otras personas para efectuar delitos de manera permanente e indeterminada, que permitan verificar los supuestos de hecho del artículo 340 C.P., ya que quien realizaba la conducta de concierto para delinquir era su señora esposa, **LUZ MARINA TREJOS**, en contra de quien sí existen elementos que la vinculan como autora de ese punible.

En suma, contra **GERARDO ANTONIO** no se tiene nada, puesto que el solo hecho que se le pueda imputar la tenencia de 36.9 gramos de cocaína no lo hace automáticamente autor del concierto para delinquir, el cual no encaja dentro de la realidad probatoria con la que se cuenta.

Al respecto el señor juez esgrimió básicamente dos argumentos: el primero, que se trata de un minero y por tanto no tiene dinero para adquirir esa cantidad de droga, afirmación que no tiene un sustento probatorio porque no sabe qué tipo de minero es, cómo le fue en su labor esa semana, ese mes, ese día, y menos aún se sabe cuánto se gana, máxime que es una actividad cuyas ganancias son fluctuantes porque dependen de los hallazgos; el segundo, que no se indagó cuál era su rol o función dentro de la organización, pero resulta que ello sí se hizo, pero los resultados de la investigación, en la que se efectuaron averiguaciones seguimientos, materializaciones, entre otros, apuntaron hacia ocho personas, mas no respecto del señor **SUAZA VÉLEZ**, porque nada arrojó que el fuera miembro de ese grupo delincuencial.

**2.3.-** Defensa –coadyuva recurso-

Solicita se revoque la decisión emitida por el juez de primer nivel por lo siguiente:

Si bien desde el año 2016 la Fiscalía inició una investigación por el delito establecido en el artículo 340 C.P., esto es, concierto para delinquir con fines de narcotráfico, en virtud de información suministrada por una fuente humana que hizo referencia a unas personas dedicadas a ese ilícito, las cuales identificó con nombre, apellido y dirección, y quienes en su momento debido a los elementos materiales probatorios que se tenían en contra de ellos aceptaron los cargos y hoy fueron condenados por ese punible, dicho informante no reveló la identidad del señor **GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ**, desconocido para él y también para el ente acusador, por cuanto la labor investigativa nunca relacionó a dicho ciudadano como integrante o miembro de esa organización criminal.

Desde la audiencia de formulación de imputación la defensa indicó que el cargo por el punible de concierto para delinquir endilgado a su representado era erróneo, ya que no se tenía ningún medio probatorio que lo vinculara con esa conducta. Reitera que su prohijado no hace ni hizo parte de ese grupo delincuencial, y por tanto no se podrá desvirtuar su presunción de inocencia.

Al no existir elementos materiales probatorios que comprometan a **SUAZA VÉLEZ** con el delito específico de concierto para delinquir, la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación de conformidad con lo establecido en el artículo 332 numeral 6 C.P.P.

**2.4.-** Sustentado en debida forma el recurso de apelación, el juez de conocimiento lo concedió en el efecto suspensivo, y dispuso la remisión de los registros a esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

El asunto que concita la atención de la Sala se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la decisión emitida por la primera instancia, mediante la cual se negó la preclusión solicitada a favor del ciudadano GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ, al considerar que no se encuentra acreditada la causal invocada por el representante de la Fiscalía.

**3.3.- Solución a la controversia**

De conformidad con la situación fáctica esgrimida, se desprende que **GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ** fue aprehendido por miembros de la Policía Nacional durante una diligencia de allanamiento realizada en su residencia, toda vez que indicó ser el propietario de la sustancia estupefaciente hallada en el interior de dicho inmueble, la cual al ser sometida a la prueba de P.I.P.H. dio positivo para cocaína y sus derivados, con un peso neto de 36,9 gramos.

Por parte de la Fiscalía se solicitó la preclusión a su favor con fundamento en lo establecido en los artículos 331 y 332 numeral 6º C.P. -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- respecto del delito de concierto para delinquir, toda vez que no cuenta con medios de conocimiento que indiquen que SUAZA VÉLEZ fuera miembro de la organización criminal dedicada a la distribución de sustancias estupefacientes frente a la cual se adelantó la investigación por varios meses, tiempo durante el cual se identificó a quienes verdaderamente pertenecían a la misma, y dentro de esas personas individualizadas no estaba SUAZA VÉLEZ.

El juez de primer nivel no accedió a la solicitud invocada, al considerar que no se encuentra acreditada la causal en la que fundamenta su pretensión el ente fiscal, la cual para tener vocación de prosperidad debe estar plenamente acreditada, ya que en su criterio, pese a que existen hechos indicativos de la pertenencia del procesado a la citada organización criminal, la Fiscalía no realizó actividad alguna tendiente a determinar cuál era el rol o labor desempeñada por el involucrado.

Debe proceder la Corporación a analizar las particularidades de este asunto, para definir si en efecto no puede aplicarse la causal preclusiva invocada, y convalidar lo decidido por el funcionario de primer nivel al negar la preclusión solicitada por el órgano persecutor, o si, por el contrario, le asiste razón a la Fiscalía al indicar que no está en condiciones de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, y debe accederse a su solicitud.

Los hechos jurídicamente relevantes de la actuación se pueden concretar así:

- Funcionarios de la Sijin de Quinchía (Rda.) pusieron en conocimiento de la Fiscalía Veintinueve Seccional de dicho municipio, la existencia de una organización delincuencial dedicada al microtráfico de estupefacientes en el barrio Popular del Corregimiento de Irra, razón por la cual se iniciaron las pertinentes labores investigativas y se logró identificar e individualizar a los miembros de ese grupo delincuencial -contra quienes se pidieron órdenes de captura que fueron expedidas y materializadas-; de igual modo, se determinó en cuáles inmuebles se llevaba a cabo la comercialización de la sustancia -respecto de los mismos se ordenó y realizó diligencia de registro y allanamiento-.

En una de las viviendas se encontró sustancia estupefaciente que al ser sometida a la prueba de P.I.P.H. dio positiva para cocaína y sus derivados, con un peso neto de 36,9 gramos, y el señor GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ indicó ser el propietario de la misma, razón por la que fue aprehendido.

Al realizarse la audiencia de formulación de imputación al señor SUAZA VÉLEZ, al igual que a los demás capturados en las múltiples diligencia de registro y allanamiento realizadas de manera consecutiva a 13 inmuebles, se le endilgaron cargos en calidad de coautor a título de dolo de las conductas punibles de concierto para delinquir con fines de tráfico de estupefacientes -art. 340 incisos 1 y 2 C.P.-, y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en las modalidades de “vender”, “conservar” y “distribuir” -artículo 376 inciso 2º ibídem-. El indiciado no aceptó los cargos.

Posteriormente, mediante preacuerdo se pactó su allanamiento únicamente frente al delito de tráfico de estupefacientes a cambio de que se le concediera el descuento del 50% de la pena y se partiera del mínimo establecido para esa conducta, negociación que fue aprobada por el juzgado de conocimiento, lo que dio lugar a una ruptura de la unidad procesal.

Como se indicó con antelación, la Fiscalía solicitó la preclusión a favor de SUAZA VÉLEZ por cuanto no cuenta con elementos de conocimiento que permitan endilgar responsabilidad de éste en el específico delito de concierto para delinquir.

Para la Colegiatura, una vez analizados los elementos probatorios con los que cuenta la Fiscalía, se advierte que le asiste razón a su delegado al sostener que no tiene cómo fundamentar una acusación contra el señor GERARDO ANTONIO por el delito de concierto para delinquir, puesto que no se encuentran demostrados los elementos del tipo de concierto para delinquir con fines de traficar estupefacientes, como pasa a explicarse:

- De acuerdo con los resultados de la investigación realizada en virtud de la información suministrada por miembros de la Sijin, quienes habían sido enterados por fuente humana acerca de la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico estupefacientes, no se obtuvo ningún medio de prueba que indique o siquiera sugiera la vinculación del citado GERARDO ANTONIO con ese grupo criminal o su participación en calidad de coautor en alguna de las conductas delictivas llevadas a cabo por el mismo. En tanto, sí se identificó a otras personas como pertenecientes al mencionado grupo, de quienes se determinó el rol específico que desempeñaban. Precisamente por eso, dicho ciudadano no se encontraba dentro de las personas contra las cuales se solicitó orden de captura, ya que para ello se requería acreditar que el acusador tenía motivos fundados para inferir su autoría o participación en los punibles investigados.

Tal como lo señala el recurrente, en ninguna de las entrevistas, reconocimientos fotográficos, labores de vecindario, informes de policía, entre otros, se señala a GERARDO ANTONIO SUAZA como una de las personas vinculadas a ese grupo delincuencial, ni tampoco durante el tiempo que duró la investigación fue identificado como perteneciente al mismo. No hay forma de sostener entonces que dicho acusado participó de las actividades delictivas realizadas por aquéllos, ni es dable que se extendiera por más tiempo la investigación cuando no había ningún hecho indicativo de que se pudieran obtener elementos de prueba en ese sentido.

La sustancia estupefaciente de la que se responsabilizó GERARDO ANTONIO no fue hallada en su poder, sino en un tanque de la residencia. En vista de que éste afirmó que era de su propiedad fue capturado y se le atribuyó responsabilidad en el específico delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “conservar”, por el cual ya aceptó cargos en virtud de preacuerdo.

Tal como lo manifestaron el delegado Fiscal y el representante del Ministerio Público, el solo hecho de haberse adjudicado la conservación de ese alcaloide no lo convierte automáticamente en coautor del concierto para delinquir que le fue endilgado, y menos aún pueden hacerse inferencias como las referidas por el funcionario a quo.

La misma Fiscalía admite que el hecho de imputar el concierto obedeció a una ligereza porque es claro que aceptar la autoría en el tráfico de estupefacientes y haber sido capturado en flagrancia no lo hacía autor o responsable de esa otra conducta, ni es suficiente para demostrar su compromiso en ese otro ilícito, máxime cuando no se tenía ni se tenía una inferencia razonable de autoría y participación como tampoco se posee ahora para hablar de una probabilidad de verdad o una acusación en su contra frente a dicho punible.

El tipo penal de concierto para delinquir, si bien se trata de un delito de mera conducta, requiere la acreditación de unos requisitos que este caso no se dan, como son: (i) acuerdo de voluntades entre varias personas para cometer delitos; (ii) organización que tenga el propósito de realizar un número indeterminado de injustos, no obstante que pueden ser determinados en su especie; y (iii) la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa criminal pactada.[[1]](#footnote-1)

Si bien se demostró la existencia de una organización criminal que tenía como propósito la ejecución de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, cuyos miembros fueron aprehendidos y judicializados, la cual tenía vocación de permanencia en el tiempo y ponía en riesgo la Seguridad Pública, no se acreditó que el señor **GERARDO ANTONIO SUAZA** hiciera parte de la misma y por ende tuviera un acuerdo de voluntad con esas personas para perpetrar ese tipo de ilícitos.

Precisamente por eso tampoco podía hablarse siquiera de una coautoría en el tráfico de estupefacientes, toda vez que dicha modalidad también requiere de un acuerdo previo de voluntad –que se echa de menos- para cometer determinados delitos, además de otros requisitos como lo son: la realización de las exigencias del tipo o tipos penales acordados -coautoría propia-, o la división de trabajo para ejecutar los mismos -coautoría impropia-.

Al respecto en reciente proveído la Corte Suprema hizo las siguientes precisiones:

“[…] **A diferencia del instituto de la coautoría material, en el que la intervención plural de individuos es ocasional y se circunscribe a acordar la comisión de delitos determinados y específicos, en el concierto para delinquir, a pesar de también requerirse de varias personas, es necesario que la organización tenga vocación de permanencia en el objetivo de cometer delitos indeterminados, aunque se conozca su especie. V.g. homicidios, exportación de estupefacientes, etc**.

No es necesaria la materialización de los delitos indeterminados acordados para que autónomamente se entienda cometido el punible de concierto para delinquir, mientras que en la coautoría material no basta que medie dicho acuerdo, pues si el mismo no se concreta, por lo menos, a través del comienzo de los actos ejecutivos de la conducta acordada (tentativa), o bien, en la realización de actos preparatorios de aquellos que por sí mismos comportan la comisión de delitos (como ocurre por ejemplo con el porte ilegal de armas), la conducta delictiva acordada no se entiende cometida (principio de materialidad y proscripción del derecho penal de intención), es decir, **el concierto para delinquir subsiste con independencia de que los delitos convenidos se cometan o no, mientras que la coautoría material depende de por lo menos el comienzo de ejecución de uno de los punibles convenidos.**

Adicionalmente, en tanto la coautoría no precisa que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo, pues una vez cometida la conducta o conductas acordadas culmina la cohesión entre los coautores, sin perjuicio de que acuerden la comisión de otra delincuencia, caso en el cual hay una nueva coautoría, **en el concierto para delinquir la durabilidad de los efectos del designio delictivo común y del propósito contrario a derecho, se erige en elemento ontológico dentro de su configuración, al punto que no basta con el simple acuerdo de voluntades, sino que es imprescindible su persistencia y continuidad**.

**En la coautoría material el acuerdo debe ser previo o concomitante con la realización del delito, pero nunca puede ser posterior. En el concierto para delinquir el acuerdo o adhesión a la empresa criminal puede ser previo a la realización de los delitos convenidos, concomitante o incluso posterior a la comisión de algunos de ellos; en este último caso, desde luego, sólo se responderá por el concierto en cuanto vocación de permanencia en el propósito futuro de cometer otros punibles, sin que haya lugar a concurso material con las conductas realizadas en el pasado** […]”[[2]](#footnote-2) –negrillas excluidas-

De otra parte, no comparte la Colegiatura los argumentos esgrimidos por el juez de nivel para negar la preclusión, puesto que el hecho que la compañera sentimental sea parte de la organización, como ella misma lo admitió al celebrar el preacuerdo con la Fiscalía, no vincula a **GERARDO ANTONIO SUAZA** con esa banda criminal, pues lo que se acreditó es que éste se dedica a una actividad diferente que es la minería, por lo que solo reside los fines de semana allí, y no existe ninguna prueba, se itera, que señale su pertenencia a ese grupo delincuencial.

Ahora, lo atinente a la presentación de la sustancia tampoco puede ser un aspecto que dé lugar a inferir que por ello se concertó con los demás miembros de la organización para realizar una actividad delictiva, puesto que no se cuenta con ningún medio o elemento de convicción que permita acreditar esa circunstancia.

De igual forma, el que la cantidad encontrada en el inmueble tenga un alto valor económico -lo cual resulta cuestionable-, no es tampoco un argumento válido para por ello considerar que éste puede ser coautor del concierto para delinquir que se le atribuyó en la formulación de imputación: primero, porque realmente no se demostró la incapacidad económica de dicho ciudadano, pues ni siquiera se determinó a cuánto ascienden sus ingresos; segundo, porque bien pudo obtenerla con dinero prestado o regalado; y, tercero, porque esa simple circunstancia no permitiría concluir que por ello hace parte de una organización criminal.

El funcionario hace una crítica a la labor de la Fiscalía, por cuanto no se enfocó en determinar cuál era la labor desempeñada por dicho ciudadano, pero tal como se indicó en precedencia, ninguna de las personas que suministró información ni los elementos con lo que se cuenta dan lugar a pensar que él hace parte del grupo delincuencial. Su captura, como ya se dijo, obedeció a que éste se atribuyó la propiedad de la droga encontrada en su lugar de residencia, pero en su contra no pesaba ninguna orden de aprehensión precisamente porque no había sido individualizado dentro de quienes pertenecían a esa organización al margen de la ley.

Conforme a lo analizado, sin lugar a dudas entonces, no se tiene cómo desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al procesado; por tanto, el Tribunal revocará la determinación adoptada con miras a disponer la preclusión de la investigación que en su contra se adelanta como autor de la específica conducta punible de concierto para delinquir agravado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **REVOCA** la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Pereira, y en consecuencia **SE DECRETA** la **PRECLUSIÓN** de la acción penal a favor del señor **GERARDO ANTONIO SUAZA VÉLEZ**, por el delito de concierto para delinquir agravado.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

 WILSON FREDY LÓPEZ

1. CSJ SP, 15 jul. 2008. Rad. 28362. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP, 11 JUL. 2018, RAD. 51773. [↑](#footnote-ref-2)