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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: CONCIERTO PARA DELINQUIR / PREACUERDO SOBRE ESTE DELITO CON OMISIÓN DE OTRO HECHO PUNIBLE QUE HIZO PARTE DE LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN / EFECTOS / NO GENERA NINGUNA IRREGULARIDAD SOBRE LA SENTENCIA QUE SE DICTE CON BASE EN EL PREACUERDO / TAMPOCO TIPIFICA NULIDAD DEL PROCESO / SE ROMPE LA UNIDAD PROCESAL.**

Observa la Corporación una vez revisado el audio de la formulación de imputación, que en el caso sometido a estudio efectivamente la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con las circunstancias fácticas imputó a la señora DPPC la conducta punible de concierto para delinquir agravado, en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cargo que la indiciada no aceptó.

Posteriormente la representante del ente acusador por vía de preacuerdo le reconoció a la acusada un descuento del 50% sobre la pena del delito de concierto para delinquir agravado, pero no señaló nada respecto al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el cual, en términos coloquiales, quedó volando.

En esos términos, se tiene que entender que muy a pesar de la ulterior negociación, el delito que atenta contra la Salud Pública aún se encuentra no solo vigente sino además pendiente de definición, porque hubo imputación con respecto al mismo, no se incluyó en el preacuerdo, pero tampoco está contenido en la acusación, y mucho menos se solicitó preclusión. (…)

… no existe razón alguna en este caso para considerar que la sentencia tiene algún tipo de irregularidad, por cuanto la juzgadora en su momento impartió legalidad al preacuerdo con el convencimiento que la calificación jurídica sobre la cual partió la negociación era la indicada en el escrito de acusación -entiéndase ley del proceso-, y si bien pudo haber verificado cuales habían sido las conductas endilgadas en la audiencia de formulación de imputación, se debe recordar que solo a la Fiscalía le compete la determinación del nomen iuris de la imputación, y que el preacuerdo equivale al escrito de acusación. (…)

En términos netamente formales, la Sala advierte que la nulidad no es posible porque: (i) la negociación fue aprobada sin oposición alguna, incluida la defensa -la apoderada que asistía los intereses de la procesada guardó silencio sobre el citado yerro-; (ii) el error solo vino a ser detectado en forma posterior a esa aprobación; y (iii) la sentencia se acopló no solo a los términos del preacuerdo en esos términos admitido, sino al contenido de la acusación que le debía servir de referencia. Luego entonces, la actuación, repetimos al menos formalmente, no tiene reparo alguno y no se podría retrotraer.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

ACTA DE APROBACIÓN No 284

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Marzo 20 de 2019. 9:06 a.m. |
| Imputada: | DPPC |
| Cédula de ciudadanía: | 42.162.757 expedida en Dosquebradas (Rda.) |
| Delito: | Concierto para delinquir agravado |
| Víctima: | La seguridad pública |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la decisión de diciembre 13 de 2018, por medio de la cual se condenó a la señora DPPC y otros. CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión 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.- A través de labores de investigación de la Fiscalía se logró identificar la existencia de un grupo delincuencial denominado “Medusa”, el cual venía operando aproximadamente desde mayo de 2016 en el barrio La Soledad del municipio de Dosquebradas (Rda.), dedicado a la venta de sustancias estupefacientes en la zona.

Según se afirma, dicha agrupación criminal contaba con una estructura organizada para cumplir sus objetivos delictivos y se logró identificar tanto a su líder, CARLOS ALBERTO VERGARA MÁRQUEZ alias “caliche”, como a coordinadores de la actividad ilícita, tales como: LUÍS FERNANDO RAMÍREZ OCAMPO, DPPC, YOLIDA MARCELA ACEVEDO SANTA y JULIO CÉSAR BETANCURT QUIRAMÁ, quienes realizaban el aprovisionamiento de la sustancia estupefaciente, el almacenamiento y la distribución, además de controlar la actividad de expendio y aseguramiento del recaudo del dinero producto de dicha ilicitud. Igualmente fueron identificados como expendedores y campaneros pertenecientes al grupo criminal los señores JOHNNY ALEJANDRO PALACIO POSADA, BRAYAN SMITH ARENAS BALLESTEROS, ANDRÉS EDUARDO OTÁLVARO URBANO alias “Pin pon”, VÍCTOR ALFONSO CASTRILLÓN ARENAS alias “Mico”, JHON ALEXÁNDER RIVERA GRISALES alias “Chiqui”, DIEGO FERNANDO CÁRDENAS LONDOÑO alias “Adrián”, y JESÚS HERNÁN GARCÍAS alias “El primo”.

En la investigación se evidenciaron efectivas transacciones con sustancias estupefacientes, en las que participaron directamente ANDRÉS EDUARDO OTÁLVARO URBANO, ELKIN ADRIÁN RUÍZ MUÑOZ, JOHNNY ALEJANDRO PALACIO POSADA, JESÚS HERNÁN GARCÍA, JHON ALEJANDRO GIRALDO VARGAS y JULIO CÉSAR BENTACURT QUIRAMA.

## 1.2.- Por esos hechos, la Fiscalía formuló imputación (diciembre 07 de 2017) a la señora DPPC ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas (Rda), en calidad de coautora a título de dolo por la conducta punible de concierto para delinquir –art. 340 inciso 2° C.P.-, en concurso con el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes -art. 376 inciso segundo ibídem-, cargo que la indiciada NO ACEPTÓ. Se impuso medida de aseguramiento en centro carcelario

Los demás coautores fueron imputados en diciembre 05 y 06 de 2017 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas (Rda.), algunos de ellos por iguales delitos. Los imputados no aceptaron cargos y se les impuso medida de aseguramiento.

**1.3.-** Ante la no aceptación de cargos de parte de todos los indiciados, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (abril 05 de 2018), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.) en el que se le atribuyó a la señora DPPC el cargo de concierto para delinquir agravado. Antes de dar comienzo a la audiencia de formulación de acusación (agosto 17 de 2018) la Fiscalía informó que había llegado a un preacuerdo con los señores DIEGO FERNANDO CÁRDENAS LONDOÑO, YOLIDA MARCELA ACEVEDO SANTA, JHON ALEXANDER RIVERA GRISALES, DPPC, CARLOS ALBERTO VERGARA MÁRQUEZ, JHONNY ALEJANDRO PALACIO POSADA Y ANDRÉS EDUARDO OTÁLVARO URBANO. Y en el caso de la señora DPPC expuso que ella aceptaba el cargo de concierto para delinquir si a cambio se le reconocía una rebaja del 50%, para una pena a imponer de 48 meses de prisión y su equivalente en la pena de multa. La acusada aceptó de manera libre, consciente y voluntaria su responsabilidad en la conducta endilgada. Por parte de la titular del juzgado de conocimiento se impartió legalidad al preacuerdo y anunció que contra esa determinación “no procedía recurso alguno”.

1.4.- Posteriormente (septiembre 28 de 2018) la Fiscalía presentó preacuerdo con los señores VÍCTOR ALFONSO CASTRILLÓN ARENAS, BRAYAN SMITH ARENAS BALLESTEROS, JULIO CÉSAR BETANCUR QUIRAMA, ELKIN ADRIÁN RUÍZ MUÑOZ, JHON ALEJANDRO GIRALDO VARGAS y JESÚS HERNÁN GARCÍA.

1.5.- En diciembre 13 de 2018 y previo a dar lectura a la sentencia, la funcionaria de primer nivel advirtió que en la audiencia de formulación de imputación celebrada en diciembre 07 de 2017, se le imputaron cargos a la señora DPPC por las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; sin embargo, en el escrito de acusación y en el preacuerdo la Fiscalía solo hizo referencia al delito de concierto para delinquir agravado. Al respecto la representante del ente acusador manifestó que efectivamente el delito de tráfico fabricación o porte de estupefaciente no había sido incluido en el preacuerdo, y revisada la carpeta no había ninguna solicitud de preclusión por ese delito; además añadió, que ya no podría tomar determinación alguna a ese respecto porque el asunto sería ya de competencia de un Fiscal Seccional.

Ante la anterior situación, la actual defensora manifestó que en caso de darse una compulsa de copias por el delito que se omitió en la negociación, se agravaría la situación jurídica de su prohijada.

La a quo desestimó las manifestaciones de la apoderada en cuanto no había lugar a prorrogar la determinación y de mostrarse inconforme con la determinación podría interponer recurso de apelación contra el fallo. A consecuencia de ello dio continuidad a la audiencia con miras a dar lectura a la sentencia, a cuyo efecto condenó a cada uno de los acusados en los términos del preacuerdo. De ese modo, a la señora DPPC se le impuso la pena acordada, es decir, cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa de 1350 s.m.l.m.v., e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1.6.- Inconforme con la determinación adoptada -en relación con el delito que no se tuvo en cuenta en el preacuerdo pero que fue imputado- la defensa interpuso recurso de apelación.

2.- Debate

**2.1.**- Defensora -recurrente-

Solicita se revoque parcialmente la decisión adoptada por la juez de primer nivel, toda vez que las conductas imputadas a la señora **DPPC** fueron concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes; sin embargo, la Fiscalía omitió acusar por el delito de tráfico de estupefacientes, y la juzgadora no percibió dicho yerro al momento de la negociación.

No se puede iniciar un proceso por cuerda separada por negligencia o descuido de la Fiscalía y la judicatura, por cuanto esa situación es más gravosa para su prohijada, toda vez que no solo purgaría una pena de cuatro años por el concierto para delinquir, sino también la que se imponga por el otro delito.

En la sentencia de julio 15 de 2008, rad. 29.994, la H. Corte Suprema de Justicia aclaró que solo la Fiscalía está autorizada para adecuar circunstancialmente los hechos en el tipo penal.

El artículo 350 inciso 1° C.P.P. reza que el preacuerdo equivale al escrito de acusación, de ahí que por exigencias estructurales y el respeto a garantías fundamentales, el juez de conocimiento no debe aplicar un control material sobre los preacuerdos -sobre el particular se pronunció la CSJ en decisión de octubre 16 de 2016, rad. 39.886-.

Adicionalmente, el inciso segundo ibídem señala que el fiscal puede: (i) eliminar de la acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o (ii) tipificar la conducta de una forma específica, con miras a disminuir la pena. Así mismo, el artículo 351 inciso 2° ídem advierte que Fiscalía e imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias.

**2.2.**- Las partes no recurrentes guardaron silencio.

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 178 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra una providencia susceptible de ese recurso y por una de las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

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

El asunto que concita la atención de la Corporación se contrae básicamente a determinar si fue acertado por parte de la funcionaria a quo dar lectura a la sentencia contra la señora **DPPC** cuando previamente había advertido que la Fiscalía en la negociación no hizo referencia al delito de tráfico de estupefacientes que fue igualmente imputado en concurso con el delito de concierto para delinquir agravado por el cual se condena a la pena de 48 meses de prisión; y, de acuerdo con el resultado del anterior interrogante se establecerá si se debe confirmar la sentencia, revocarla total o parcialmente, o si, por el contrario, debe declararse la nulidad para que se subsane dicha irregularidad que se estima sustancial.

**3.3.- Solución a la controversia**

Para resolver el problema jurídico la Sala seguirá el siguiente orden: (i) se hará un recuento de la actuación adelantada que tenga relación directa con el tema objeto de controversia; (ii) se plantearán algunos interrogantes; y (iii) a partir del resultado de esos cuestionamientos y de conformidad con la legislación y la jurisprudencia vigentes en la materia, se decidirá lo que en derecho corresponda.

En diciembre 07 de 2017 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, y luego de declararse legal la captura, la Fiscalía formuló imputación contra la señora **DPPC** por los delitos de concierto para delinquir agravado –artículo 340 inciso 2° C.P.-, en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes –art. 376 inciso 2° C.P.-, cargos que no fueron aceptados. A la imputada se le impuso medida de aseguramiento en centro carcelario.

En abril 05 de 2018 la Fiscalía presentó escrito de acusación contra la señora **DPPC** y otros, pero para ese momento el ente persecutor se refirió únicamente al delito de concierto para delinquir agravado[[1]](#footnote-1). En agosto 17 de 2018 la Fiscalía y la acusada suscribieron un preacuerdo en el cual la acusada aceptaba el cargo de concierto para delinquir a cambio de que se le reconociera una rebaja del 50% -para una pena a imponer de 48 meses de prisión y su equivalente en la pena de multa. La titular del despacho de conocimiento le impartió validez a esa negociación.

En audiencia celebrada en diciembre 13 de 2018 y previo a dar lectura a la sentencia, la juzgadora puso de presente al revisar con detenimiento la actuación pudo apreciar que el escrito de acusación había excluido el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes no obstante haberse imputado esta conducta en forma concursal en la audiencia preliminar llevada a cabo en diciembre 07 de 2017, y que en el preacuerdo entre la Fiscalía y la acusada solo se había tenido en cuenta el delito de concierto para delinquir agravado. La señora fiscal no supo explicar qué camino seguirá con el otro delito de tráfico de estupefacientes, a consecuencia de lo cual la falladora procedió a emitir condenar única y exclusivamente por el ilícito de concierto para delinquir agravado acorde con lo plasmado en la negociación, y fijó la pena que había sido acordada.

La nueva defensora impugnó la anterior determinación y solicitó que se revocara parcialmente la sentencia con el fin de poder realizar una negociación integral con la Fiscalía, en la que se tuvieran en cuenta todos los delitos que le fueron enrostrados a su protegida **DPPC**, porque de lo contrario -asegura- se le estaría agravando la situación jurídica ya que tendría que responder por dos penas independientes -la de 48 meses por el concierto para delinquir fruto de este preacuerdo, y la que se derivaría del delito de tráfico de estupefacientes por el cual se compulsaron copias, cuando en realidad se trata de un solo proceso.

De acuerdo con lo anterior, muy a pesar que existe una imputación vigente con dos cargos, la Fiscalía tanto al momento de presentar el escrito de acusación como al efectuar la negociación omitió incluir el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y solo tuvo en cuenta el concierto para delinquir agravado. Así las cosas, los interrogantes que surgen de esa situación sui generis son: (i) ¿se encuentra vigente la imputación jurídica llevada a cabo en diciembre 07 de 2017 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas?; (ii) ¿el sustento legal para el preacuerdo entre la Fiscalía y la señora **DPPC** era el escrito de acusación?; (iii) ¿fue acertada la actuación de la funcionaria de primer nivel al dictar sentencia en los términos en que se llevó a cabo el preacuerdo?; y (iv) ¿corresponde a la representante del ente acusador concretar la situación jurídica en cuanto al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes que no fue motivo de negociación, de ser así dentro de este mismo escenario o por fuera de él? Todo lo anterior se resolverá tomando como principal referente la necesidad o no de nulitar total o parcialmente la actuación para corregir el yerro.

* *De la imputación*

Debe recordarse que la actuación procesal penal se inicia con la formulación de imputación por parte del ente acusador –artículo 286 y siguientes de la ley 906/04-, con el fin de comunicarle a una persona su calidad de imputado, momento en el cual, luego de presentar su concreta individualización, identificación y ubicación, debe hacerse expresión clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, expuesta en un lenguaje comprensible; tras lo cual, se posibilita al indiciado allanarse a los cargos con miras a obtener la rebaja de pena de conformidad con el artículo 351 C.P.P.

Observa la Corporación una vez revisado el audio de la formulación de imputación, que en el caso sometido a estudio efectivamente la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con las circunstancias fácticas imputó a la señora **DPPC** la conducta punible de concierto para delinquir agravado, en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cargo que la indiciada no aceptó.

Posteriormente la representante del ente acusador por vía de preacuerdo le reconoció a la acusada un descuento del 50% sobre la pena del delito de concierto para delinquir agravado, pero no señaló nada respecto al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el cual, en términos coloquiales, quedó volando.

En esos términos, se tiene que entender que muy a pesar de la ulterior negociación, el delito que atenta contra la Salud Pública aún se encuentra no solo vigente sino además pendiente de definición, porque hubo imputación con respecto al mismo, no se incluyó en el preacuerdo, pero tampoco está contenido en la acusación, y mucho menos se solicitó preclusión. De ahí que la preocupación que embarga a la defensa en verdad adquiere sentido.

Sea como fuere por tanto, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde concretar el destino de ese específico cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, porque desde luego no puede quedar en la indefinición.

* *Del escrito de acusación y del acuerdo bilateral*

El ente acusador en abril 05 de 2018 presentó el escrito de acusación contra la señora **DPPC** y otros, con fundamento solo en el delito de concierto para delinquir, y a continuación tomó ese tipo penal como único referente para negociar.

Podría plantearse que se trató de un preacuerdo meramente PARCIAL, pero ocurre que ello no podía ser así al menos por dos razones principales: La primera, que los acuerdos parciales deben ser expresos y no tácitos; y la segunda, que de haber sido así tenía que dejarse en claro qué iba a ocurrir con el punible concursante contra la Salubridad Pública.

Y no podía tratarse de un preacuerdo integral, porque de entenderse excluido el tráfico de estupefacientes, se estaría violando la prohibición legal según la cual en las negociaciones se prohíben los dobles beneficios, y aquí estaría concurriendo la concesión del 50% de descuento con la eliminación simultánea de un tipo penal.

Como queda claro que no se trató de un preacuerdo parcial, como tampoco de un preacuerdo integral, entonces la única explicación posible es que a la delegada de la Fiscalía SE LE OLVIDÓ incluir esa otra conducta punible en la negociación. Lamentablemente la delegada fiscal no admitió expresamente ese error, ni tampoco precisó el motivo por el cual no tuvo en cuenta el referido delito para efectos de determinar si el mismo sería objeto de una posterior acusación, o quizá una preclusión, entre otras cosas porque refirió que ya no era de su competencia poder definir lo atinente a ese asunto por estar en cabeza de un Fiscal Seccional.

* *Los términos del preacuerdo y la sentencia*

Sea como fuere, no obstante el referido yerro, no se puede negar que la sentencia judicial se profirió finalmente acorde con lo preacordado y ese es un punto de partida esencial. Así se asegura por lo siguiente:

La ley 906/04 en los artículos 348 a 354 regula los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, y se concreta en cuatro beneficios: (i) conceder un descuento de la pena –según la etapa en que se encuentre el proceso-; (ii) eliminar un cargo específico; (iii) eliminar una causal de agravación; o (iv) tipificar la conducta de manera más leve.

El inciso 4º del artículo 351 C.P.P. dispone que los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales, las cuales se puede identificar según la ley y la jurisprudencia para efectos de improbar un preacuerdo, así: (i) cuando no exista un mínimo de prueba para condenar; (ii) cuando razones de justicia aconsejan absolver a pesar de la aceptación de cargos; (iii) cuando existan vicios en el consentimiento en el acusado al momento de aceptar los cargos; (iv) cuando se conceda más de un beneficio; (v) cuando se desconocen las prohibiciones legales de descuentos en las penas; (vi) cuando hay un incremento patrimonial en el procesado y no se garantiza su reintegro; y/o (vii) cuando la víctima no es escuchada por el fiscal al momento de la negociación.

Siendo así, no existe razón alguna en este caso para considerar que la sentencia tiene algún tipo de irregularidad, por cuanto la juzgadora en su momento impartió legalidad al preacuerdo con el convencimiento que la calificación jurídica sobre la cual partió la negociación era la indicada en el escrito de acusación -entiéndase ley del proceso-, y si bien pudo haber verificado cuales habían sido las conductas endilgadas en la audiencia de formulación de imputación, se debe recordar que solo a la Fiscalía le compete la determinación del *nomen iuris* de la imputación, y que el preacuerdo equivale al escrito de acusación. Así las cosas, de acuerdo con esas premisas se concluye que la sentencia de primer grado estuvo ajustada a los términos del preacuerdo como quiera que el delito por el cual se acusó a la señora **DPPC** fue única y exclusivamente el de concierto para delinquir agravado.

Lo deseable por tanto en términos de poder corregir la anomalía a tiempo, habría sido que ese error de la delegada fiscal se hubiera detectado en el momento oportuno, es decir, antes de procederse a la aprobación del preacuerdo. Pero ocurrió que la anterior defensora no dijo nada al respecto, y la titular del despacho solo se percató de la irregularidad cuando ya se disponía a dar lectura al fallo.

Todo lo dicho, con el agravante que al momento de proferirse la providencia interlocutoria por medio de la cual se aprobó el citado preacuerdo, se anunció por parte de la funcionaria de primer nivel que contra esa determinación: “no procedía recurso alguno”. Afirmación relativamente cierta, porque si bien en teoría podría asegurarse que los directos interesados en el preacuerdo –Fiscalía y defensa- no les asistiría interés legítimo en una impugnación, como quiera que precisamente fue por su iniciativa que se dio lugar a la determinación judicial, debe aclararse que los intervinientes ajenos a esa negociación, entiéndase tanto Procuraduría Judicial -que en este caso no asistió a ese preciso acto público aunque sí al de lectura de la sentencia- como las potenciales víctimas -que en este caso no se perciben-, sí podrían llegar a oponerse en un caso dado.

* *Posibilidad de una revocatoria o nulidad*

La nueva defensora al momento en que la funcionaria de primer nivel puso de presente la inconsistencia previo a dar lectura de su fallo, expresó su inconformidad en el sentido que la actuación debería anularse; empero, ya para el momento de sustentar la apelación lo que solicitó fue la revocatoria del fallo.

En términos netamente formales, la Sala advierte que la nulidad no es posible porque: (i) la negociación fue aprobada sin oposición alguna, incluida la defensa -la apoderada que asistía los intereses de la procesada guardó silencio sobre el citado yerro-; (ii) el error solo vino a ser detectado en forma posterior a esa aprobación; y (iii) la sentencia se acopló no solo a los términos del preacuerdo en esos términos admitido, sino al contenido de la acusación que le debía servir de referencia. Luego entonces, la actuación, repetimos al menos formalmente, no tiene reparo alguno y no se podría retrotraer.

Quizá la única alternativa para nulitar lo tramitado desde la aprobación del preacuerdo, sería un aspecto ese sí sustancial o de fondo, nada diferente a la violación al principio de favorabilidad como derecho fundamental, mismo que sí vislumbró la nueva apoderada cuando llamó la atención acerca de que si se profiere un nuevo fallo en contra de su representada por el ilícito de tráfico de estupefacientes que quedó por fuera del preacuerdo, a consecuencia de la compulsa de copias ordenada por la titular del juzgado de conocimiento, entonces la judicatura estaría propiciando un perjuicio para su representada habida consideración a que al final tendría una pena mucho mal alta.

Sucede sin embargo, que si bien aparentemente ello en verdad podría ser así, la realidad procesal enseña que de anularse la aprobación del preacuerdo para volver las cosas a su estado original y ordenar que se haga una negociación integral como lo pide la actual defensora, el resultado sería abiertamente desfavorable para los intereses de la procesada **DPPC** que pretende proteger. Se pasan a explicar las razones por las cuales la Colegiatura llega a esa conclusión:

El Tribunal observa que si se hace un estudio del contenido del preacuerdo, este tenía que haber sido negado o improbado, por una razón sencilla: NO ERA VIABLE RECONOCER EL **50%** DE DESCUENTO DADO QUE YA EXISTÍA ESCRITO DE ACUSACIÓN Y CON POSTERIORIDAD A ESTE SOLO ERA POSIBLE CONCEDER **UNA TERCERA PARTE** DE RABAJA DE PENA. Así lo establece textual y tajantemente el artículo 352 C.P.P.: “Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior. Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte”.

La Sala de Casación Penal al hacer un esquema de los porcentajes de reducción que procedían para los preacuerdos, sostuvo que a partir del escrito de acusación el *quantum* de reducción sería de una tercera parte; con ello, dio trascendencia al escrito de acusación por sobre la audiencia respectiva y marcó una pauta de interpretación en tal sentido. Los apartes pertinentes de este precedente son del siguiente tenor:

“4. La Sala viene precisando que para aplicar la favorabilidad resulta **indispensable** tener en cuenta lo siguiente:

(…) 4.2. **El régimen genérico de aceptación de cargos** de La Ley 906 de 2004 regula diversos efectos benéficos, dependiendo de la especie escogida y de la oportunidad de su trámite, así:

4.2.1. **Por allanamiento**, referidas todas ellas a actuaciones o audiencias específicas:

4.2.1.1. En la audiencia de formulación de imputación, la que comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible (arts. 288-3 en concordancia con el art. 351).

4.2.1.2. En la audiencia preparatoria, cuyo descuento será de hasta la tercera parte de la pena (art.356-5).

4.2.1.3**.** En la fase de alegación inicial al inicio del juicio oral, beneficiándose el acusado con una sexta parte de reducción de la sanción (art. 367 inc. 2°).

4.2.2. **Por preacuerdo, acuerdo o negociaciones:**

4.2.2.1**.** Desde la formulación de imputación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación: rebaja de hasta la mitad de la pena (arts. 350 y 351 inc. 1).

4.2.2**.**2.- **Una vez presentada la acusación (esto es, radicado el respectivo escrito) y hasta antes de que en el juicio oral se interrogue al acusado sobre la aceptación de su responsabilidad: beneficio de una tercera parte de pena (art. 352).**

4.2.2.3.- Al inicio del juicio oral (alegación inicial) como manifestación de culpabilidad preacordada (art. 369), caso en el cual el beneficio punitivo será también de una sexta parte.”[[2]](#footnote-2) -negrillas fuera del texto-.

Posición reiterada por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de noviembre 23 de 2016, radicación 47732:

“La rebaja, por límites legales, será hasta del 50% si el **convenio** se realiza entre la formulación de imputación y **antes de la presentación del escrito de acusación** (artículo 350-1 y 351-1 del C de P.P.); de la tercera parte **si es posterior a la presentación del escrito de acusación** y hasta antes del inicio del juicio oral (artículo 352 ídem), o de la sexta parte si es en el juicio oral, pacto éste que debe ser expresado cuando se conceda la palabra al procesado para que se declare inocente o culpable (artículo 358 ibídem)”.

En suma, disponer la anulación de la sentencia implicaría someter a la señora **DPPC** a un cambio en los términos de la negociación como quiera que en esta etapa procesal la rebaja no puede ser del 50%, sino de 1/3 parte, evento en el cual se aumentaría el quantum de la pena sobre la cual ya se emitió la sentencia -48 meses de prisión- ante una reducción en menor proporción de la ya ofrecida en el preacuerdo, y esa situación frente a las demás personas que ya fueron condenadas en este proceso y que obtuvieron una rebaja de la mitad, sin duda alguna implicaría una reforma en perjuicio de la acusada.

Queda claro de ese modo que la negociación fue más allá de lo permitido en términos de legalidad y los coprocesados resultaron indebidamente favorecidos; luego entonces, de echarse para atrás lo acordado por las partes y aprobado por la funcionaria de instancia, desde luego un tal beneficio punitivo no podría concederse de nuevo por estimarse desbordado y la pena que tendría que imponerse tendría que ser mucho mayor.

De ese detalle no se percató la defensora apelante y por eso cree viable o beneficioso que la actuación se repita, cuando repetimos no es así, con lo cual, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* al Tribunal le está vedado tomar una decisión que haga más gravosa la situación de la apelante única.

La pregunta que falta por responder es por tanto: ¿qué hacer para remediar el entuerto?, y la única solución jurídicamente viable que se tiene a la vista es la que se pasa a desarrollar a continuación.

* *Procedimiento que debe tomar la Fiscalía frente al delito de tráfico de estupefacientes*

Está claro que la nulidad es inviable, lo mismo que la revocatoria de la sentencia proferida por parte de la primera instancia, pero las cosas no se pueden quedar de ese tamaño porque como ya lo anunciamos se debe definir lo concerniente al delito contra la Salud Pública respecto del cual se encuentra vigente una imputación, y es al órgano persecutor al que le corresponde determinar cuál es el paso a seguir.

En esa dirección, el artículo 294 C.P.P. señala: “Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento […]”, por tanto, es obligación de la Fiscalía definir qué hará con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, toda vez que dicha conducta no puede quedar excluida de los hechos por los cuales se imputó cargos a la señora **DPPC.**

Necesariamente se debe admitir, no hay otra opción, que la UNIDAD PROCESAL que pretende proteger la defensa con su recurso, se rompió indefectiblemente, y en su lugar debe proferirse un doble fallo, que si bien no era por supuesto lo deseable, no queda alternativa diferente. En cuyo caso será la figura del concurso de penas la que finalmente debe ser utilizada para paliar la anomalía, misma que deberá solicitar la defensa al juez a quien corresponda vigilar la pena impuesta. Ello, desde luego, si el ente acusador decide acusar por el delito de tráfico de estupefaciente y no precluir.

Debe reconocerse y admitirse de todas formas por parte de la defensa, que al final de ese ejercicio, si se compara la situación de su representada con lo que pasó con los demás copartícipes, no se podría pretender que la pena que finalmente se imponga quede exactamente igual a la que ostentan quienes ya fueron condenados por similares delitos, por la razón elemental que en esa negociación existió un yerro que ya fue advertido y del cual se benefició parcialmente su representada, pero que por tratarse de un error no puede pedirse que se prolongue en el tiempo.

Siendo ese el escenario que en derecho corresponde, el Tribunal debe hacer las siguientes advertencias:

1.- Se oficiará a la Dirección de Fiscalías para que disponga el cambio de fiscal ante el vencimiento de los términos –arts. 175 y 294 C.P.P.-. Igualmente, para que se adopten los correctivos con miras a evitar que una situación similar vuelva a repetirse.

2.- El nuevo fiscal deberá tener presente que en relación con el delito de tráfico de estupefacientes, de quererse llegar a un preacuerdo en similares términos a como se hizo con los restantes coacusados, el mismo tendría que llevarse a cabo “antes de presentar el escrito de acusación” si el objetivo entre las partes es obtener una rebaja del 50%, porque si se hace con posterioridad a la presentación del escrito de acusación solo será posible conceder 1/3 por vía de preacuerdo a voces de lo establecido en la ley.

3.- De igual modo, la falladora de primer grado deberá a futuro acoplar su proceder a los términos indicados en este proveído.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de recurso, con las aclaraciones y observaciones indicadas en el cuerpo motivo.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. Información que se desprende del formato de escrito de acusación, folio 21. [↑](#footnote-ref-1)
2. Auto del 09-06-08, radicación 29.617, M.P. Alfredo Gómez Quintero. [↑](#footnote-ref-2)