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 / PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES / EFECTOS VINCULANTES / ANÁLISIS / PREACUERDOS / CARACTERÍSTICAS / REGLAS PARA SU APROBACIÓN.**

… los precedentes jurisprudenciales, como fuente formal del derecho, al igual que las leyes, en lo que atañe con sus efectos vinculantes, solo tienen vigencia hacia el futuro, o sea que solamente pueden regular casos similares acaecidos luego de que se haya proferido la sentencia hito. Pero de igual forma no se puede desconocer que los precedentes jurisprudenciales de manera excepcional pueden regular casos similares acaecidos antes de su entrada en vigencia, pero ello solamente acontecería en las hipótesis de favorabilidad…

… la Fiscalía en el año 2.016 suscribió un preacuerdo con la Defensa, en virtud del cual se estipuló con varios de los procesados lo consistente en que el Ente Acusador le retiraba las agravantes del delito de concierto para delinquir a cambio de que los encausados aceptaran cargos por el delito de concierto para delinquir simple.

Después de haberse aprobado el preacuerdo, el Juzgado cognoscente profirió la correspondiente sentencia mediante la cual los procesados fueron declarados penalmente responsables por el delito de concierto para delinquir simple, y se les impuso la pena mínima por ese reato, pero frente a uno de los encausados, por aspectos eminentemente subjetivos, se adujo que no procedía la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena…

… en contra de dicha decisión, se interpuso un recurso de casación, el cual fue resuelto por la C.S.J. mediante la aludida sentencia del 14 de abril de 2021 — SP1288-2021. Rad. # 53718 — en la que se casó el fallo confutado, con base en el argumento consistente en que el Tribunal Ad quem vulneró el principio de la prohibición de la reforma peyorativa, y por ende como quiera que el procesado aceptó cargos por el delito de concierto para delinquir simple se procedió a dictar una sentencia condenatoria en su contra por ese reato, lo que a su vez implicaba que debía hacerse beneficiario del subrogado penal reclamado…

… la decisión tomada por la C.S.J. al casar el fallo opugnado… es producto de la línea de pensamiento habida hasta el año 2.020, en virtud de la cual se tenía por establecido que en materia de preacuerdos cuando, por cualquier circunstancias, como consecuencias de los descuentos punitivos reconocidos en favor del procesado por someterse a cualquiera de las modalidades de la terminación abreviada del proceso penal, daba lugar a unos delitos sancionados con penas que hacían viable el reconocimiento de subrogados y de substitutos penales, tales subrogados se le debían reconocer en favor del procesado en caso que se cumplieran con los requisitos para su concesión.

Pero no se puede pasar por alto que esa línea de pensamiento varió a partir de la sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — en la que se trazaron unas pautas, que a modo de reglas jurisprudenciales, se debían seguir por parte de la Judicatura al momento de la aprobación de un preacuerdo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado mediante acta # 741

Pereira, veintiséis (26) de agosto del dos mil veintidós (2.022).

Hora: 10:35 a.m.

Procesados: MARC y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Rad. # 66001 60 00 000 2021 00045 01

Proviene: Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Pereira.

Asunto: Se desata el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria.

Temas: Carácter vinculante de los preacuerdos. Vigencia de los precedentes jurisprudenciales.

Decisión: Modifica el fallo recurrido.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del procesado MARC en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal Especializado del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento, el 20 de octubre de 2.021, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado de marras por incurrir en la comisión del delito de concierto para delinquir agravado.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura están relacionados con la existencia de una estructura delincuencial que, con vocación de permanencia, desde el año 2.018 delinquía en el corregimiento de Irra, jurisdicción del municipio de Quinchía.

Dicha banda delincuencial se dedicaba a la comercialización y al expendio de sustancias estupefacientes en varios sectores del corregimiento de Irra, entre ellos: En el sector conocido como “*el Planchón”* del barrio Popular; En el barrio el Aguacate, y en la calle principal del corregimiento de marras.

Gracias a las labores desplegadas por los efectivos de la policía judicial, se pudo establecer que dicha organización ilícita era liderada por el señor ODJM, y así mismo se pudo identificar a los demás integrantes de la banda, entre los que se encontraban los señores JILG y otros, quienes de manera específica se habían concertado para traficar, vender y distribuir los narcóticos en el territorio aludido.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. El 04 de diciembre 2.020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quinchía, con funciones de control de garantías, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, diligencia en la cual la F.G.N. le comunicó cargos a los señores JILG y otros, de la siguiente manera:
* A los ciudadanos JILG, ALM, JAM y MARC, como coautores del delito de concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico, previsto en el artículo 340 inciso 2° del C.P., a quienes el delegado Fiscal les planteó la posibilidad de suscribir un preacuerdo consistente en que estos aceptaran los cargos a cambios de que el Ente Investigador retirara el agravante de la conducta que se les endilga, propuesta que fue aceptada por aquellos, de manera libre y voluntaria. De igual manera, en dicha imputación preacordada se tasó una pena de 48 meses de prisión, la que correspondería a la del delito de concierto para delinquir simple.
* Al señor SVA, como autor de los delitos de concierto para delinquir agravado (art. 340 inciso 2 del C.P.), y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a quien el representante del Ente Investigador le propuso allanarse a los cargos a cambio de que se le impusiera una pena de 51 meses de prisión, lo cual aceptó.
* A los señores ÓIGA, JC, JDJRA, se les imputaron los delitos de concierto para delinquir agravado (art. 340 inciso 2° del C.P.), en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (art. 376 inciso 2°, y 384 numeral 1° literal b) del C.P.), a quienes el fiscal le presentó una propuesta de que se allanaran a dichos cargos a cambio de que les fuera impuesta una sanción de 69, 72 y 75 meses de prisión, respectivamente, negociación a la que decidieron acogerse.
* Al señor EZD se le endilgaron cargos por el reato de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (art. 376 inciso 2° y 384 numeral 1 literal b) del C.P.), a quien se le propuso preacordar su allanamiento a la imputación a cambio de que le fuera impuesta una pena de 63 meses de prisión, aceptando tal ofrecimiento.
* Al señor ECSG, se le comunicaron cargos que se acaban de enunciar, pero este procesado dejó saber a través de su abogado que no estaba interesado en suscribir una negociación y manifestó que no aceptaba dicha imputación.
* Finalmente, el titular de ese despacho impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de comercio en contra de los señores JILG y otros; mientras que los señores **MARC** y otros fueron beneficiados con la medida de detención preventiva en el lugar de su residencia.

2. El proceso fue asignado por reparto al Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Pereira, el cual luego de múltiples aplazamientos, el día 2 de agosto de 2.021 pudo llevar a cabo la audiencia de verificación de los preacuerdos celebrados entre los acusados y la F.G.N.

En esa diligencia el representante del Ente Acusador señaló que resultaba necesario realizar las siguientes precisiones frente a las negociaciones celebradas:

I) Inicialmente aclaró que los preacuerdos realizados con los señores **MARC** y otros, se mantendrían incólumes a como fueron planteados en la audiencia preliminar.

II) En lo que se refiere a SVA adujo que no se había tasado el monto de la multa, la cual corresponde a 2.700 s.m.l.m.v., aumentado en 2 s.m.l.m.v., por la comisión de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, quedando esa sanción en 2.702 s.m.l.m.v., a la cual se le aplica el descuento del 50% de la rebaja en ocasión a la negociación efectuada.

III) Sobre el acuerdo con JCM, ÓIG y JDEJRA, refirió que existía un error en la tasación de la pena de prisión, pues existían unas inconsistencias en los cargos que se le endilgaban a esos procesados, señalando que al señor MARULANDA realizó algunas puntualidades frente a la conducta de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes agravado, asegurando que el monto de la pena debía partir de la sanción de 108 meses y multa de 4 s.m.l.m.v., previsto para ese reato, aumentado en 24 meses de prisión y 2.700 s.m.m.l.v. por el concierto para delinquir agravado, y 6 meses más de prisión y 4 salarios mínimos, por un evento adicional de tráfico de estupefacientes, para un total de 138 meses de prisión y multa de 2.708 s.m.l.m.v., monto al que se le aplica le rebaja del 50%, quedando en 69 meses de prisión y multa de 1.354 s.m.l.m.v.

IV) Para el señor ÓIG, la variación en la dosificación fue similar a como se indicó con anterioridad, por lo que refirió que se partiría de la pena mínima prevista para el tráfico de estupefacientes agravado, la cual corresponde a 108 meses y multa de 4 s.m.l.m.v., adicionada en 24 meses de prisión y multa de 2.700 s.m.l.m.v., por la conducta de concierto para delinquir agravado, quedando la misma en 132 meses de prisión y multa de 2.704 s.m.l.m.v., monto que al aplicarle la rebaja del 50%, arroja un total de 66 meses de prisión y multa de 1.352 s.m.l.m.v.

V) En el caso de JDEJRA, igualmente advirtió que, se debía partir del punible de tráfico de estupefacientes agravado, el cual contempla una pena mínima de 108 meses de prisión y multa de 4 s.m.l.m.v., a la que se le deben aumenta 24 meses de prisión y 2.700 s.m.l.m.v., por la comisión de la conducta de concierto para delinquir agravado, más 6 meses de prisión y 4 s.m.l.m.v. por los eventos de del delito de tráfico de estupefacientes, es decir 12 meses de prisión y 8 s.m.l.m.v, quedando la pena en 144 meses y multa de 2.712 s.m.l.m.v., monto que al aplicarse la disminución del 50% de la pena, queda una sanción de 72 meses de prisión y multa de 1.356 s.m.l.m.v.

La bancada de la defensa y los acusados en comento indicaron que no tenía observación alguna frente a las modificaciones enunciadas por el delegado fiscal, razón por la cual la A quo procedió a impartirle aprobación a dichas negociaciones.

El acto fue suspendido a petición de la defensora del señor GIRALDO ARICAPA, quien manifestó que era necesaria la recolección de algunos documentos para ser allegados en la audiencia prevista en el artículo 447 del C.P.P.

3. El 14 de septiembre de 2.21 se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena.

4. El fallo condenatorio fue expedido el 20 de octubre de 2.021, frente al cual se alzó oportunamente el apoderado de los señores **MARC** y JAM. Sin embargo, frente al último de los ciudadanos aludidos, la defensa presentó un desistimiento de la apelación.

**LA DECISIÓN OPUGNADA:**

Como se ya se advirtió, se trata de la sentencia condenatoria emitida el 20 de octubre de 2.021 por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Pereira, en contra de los señores **MARC** y otros, mediante la cual, como consecuencia de los preacuerdos, se declaró la responsabilidad penal de los procesados por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado, y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, respectivamente.

Para el caso concreto del señor **MARC**, el Juzgado *A quo* lo declaró penalmente responsable del delito de concierto para delinquir agravado, dado que la finalidad era para cometer delitos de narcotráfico, condenándolo a la pena de 48 meses de prisión.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el Juzgado de primer grado para declarar la responsabilidad criminal de los ciudadanos en comento, se basaron en la decisión de ellos de aceptar los cargos y pactar una serie de preacuerdos con la Fiscalía, sumado a las pruebas habidas en la actuación, las cuales satisfacían los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria.

Por otra parte, en lo que respecta al proceso de dosificación de la pena, el Juzgado *A quo* señaló que como la pena de prisión y de multa ya habían sido tasados y pactados con la F.G.N., el despacho quedaba relevado de aplicar el sistema de cuartos, procediendo a imponer las sanciones estipuladas en las diferentes negociaciones.

Frente a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, el Juzgado de primer grado les impuso a los condenados una sanción igual a la de la pena principal. Así mismo, y conforme a lo señalado en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2.009, los condenados quedaban inhabilitados intemporalmente para ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ser elegidos o designados como servidores públicos y celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado.

En cuanto a los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, advirtió que la solicitud elevada por la defensa del señor **MARC**, tendiente a que se les concediera la suspensión condicional de la pena, con fundamento en lo expuesto por la S.P. de la C.S.J. en la sentencia SP1288-21, radicado 53.718 del 14 de abril de 2.021, la que en sentir de la Defensa es un precedente vinculante para los operadores jurídicos, fuera de que a su representado no se le advirtió que la eliminación del agravante sólo era para efectos punitivos, no estaba llamada prosperar puesto que los precedente jurisprudenciales eran vinculantes siempre y cuando se dieran situaciones análogas, realizando un análisis minuciosos sobre el contexto en que fue emitida la decisión por parte de esa Colegiatura.

Respecto a la sentencia que mencionó la defensa, el Juzgado *A quo*  hizo algunas claridades sobre el direccionamiento que le dio la Corte Suprema a ese pronunciamiento en concreto, a los motivos que llevaron en ese caso en particular a denegar el subrogado penal al allí procesado, y al llamado de atención hecho por ese Cuerpo Colegiado en el sentido de dar aplicación a las directrices impartidas en materia de preacuerdos para el año 2.018, y frente al hecho de que al momento de haberse emitido el fallo de segunda instancia, se había vulnerado el principio de la *“non reformatio in pejus”*.

Consideró que en aquella oportunidad la Corte no tenía como fin el de modificar la línea jurisprudencial trazada sobre preacuerdos y negociaciones, la cual se consolidó mediante la expedición de la sentencia SP1289-2021, radicado 52227 del 24 de junio de 2.020, y por ello no constituye un precedente aplicable al caso en concreto, concluyendo que para el asunto de marras debía seguirse lo referido por la C.S.J. en la última de las providencias aludidas, pues la audiencia de formulación de imputación y por tanto las negociaciones se surtieron en vigencia de dicho precedente, frente al cual vale la pena decir que con base en lo señalado en la sentencia SU-474 de 2.019 se le impuso un límite a la F.G.N. de conceder beneficios bajo la modalidad de variar la calificación jurídica, toda vez que en materia de negociaciones los cambios de calificación jurídica sin base fáctica para efectos punitivos no tienen incidencia alguna respecto a los subrogados o sustitutos penales. Situación diferente acontece en aquellos eventos en los cuales el cambio de denominación jurídica corresponde a la estructura del cargo a través del desarrollo de la investigación, lo cual resulta ser favorable a los intereses del encartado, con el suficiente respaldo probatorio para realizar el ajuste o cambio por legalidad, lo cual no se avizora en el asunto de la referencia, pues la modificación efectuada por la F.G.N. frente a los apelantes obedeció a una negociación, no por un ajuste de legalidad, pues conforme a la situación fáctica planteada por el Ente Acusador se está en presencia de un concierto para delinquir agravado y los hechos que estructuran dicho reato fueron aceptados por los acusados con el fin de acceder a algunos beneficios en materia punitiva, pero que de ninguna manera aquellos pueden incidir en la concesión de subrogados penales, y en tal sentido es preciso recordar que la conducta punible en comento se encuentra excluida de cualquier tipo de beneficio legal.

Ahora bien, el planteamiento realizado por la defensa del señor **MARC**, en el sentido de que a sus prohijados no se les había advertido que la aceptación de cargos realizada solo tenía efectos punitivos, más no frente a la concesión de subrogados penales, no es de recibo para la Judicatura pues no se puede echar de menos la jurisprudencia vigente sobre la materia, a la cual se hizo referencia con antelación, ni mucho menos a los E.M.P., que dan cuenta de la existencia de la conducta punible de concierto para delinquir agravado, y que fue precisamente la eliminación de ese agravante el beneficio obtenido por los encartados al momento de aceptar los términos del preacuerdo suscrito con la F.G.N., por lo que se puede inferir que el fin de esa negociación solo repercutía en la tasación de la pena, razón por la cual el ciudadano en comento fue condenado de manera efectiva por la conducta punible aludida, pues fueron esos los cargos a los que aquel precisamente se allanó.

En consecuencia de lo anterior, y con base en lo plasmado en el artículo 64 del C.P. (sic), el Juzgado *A quo* denegó la suspensión condicional de la pena a los condenados aludidos.

Finalmente, el Juzgado de primer grado denegó la sustitución de la pena de prisión por la de prisión domiciliaria como padres cabeza de familia a los señores ALM y JILG, en consideración a que estos no satisfacían las exigencias legales de dicho beneficio.

**LA ALZADA:**

El abogado que representa los intereses del señor **MARC**, oportunamente se alzó en contra del fallo de primer nivel, argumentando su inconformidad de la siguiente manera:

No existe controversia alguna respecto al allanamiento a cargo por parte de su representado.

Su descontento se centra en el hecho de que la *A quo* no le otorgó el subrogado de la ejecución condicional de la sentencia al señor **MARC**, pese a que durante el desarrollo de la audiencia del artículo 447 del C.P.P. se expuso la viabilidad de la concesión de dicho beneficio, con base en lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en una decisión muy reciente, a través de la cual en su “ratio deciden ti”, asumió una posición más favorable frente a casos como el presente en el que se suscitó un preacuerdo en el que se eliminó una circunstancia de agravación punitiva frente al delito de concierto para delinquir, señalando esa Colegiatura que dicha modificación era extensiva frente al análisis de los sustitutos y subrogados penales.

Respecto a la providencia proferida dentro del proceso con radicado # 53.718 de la S.P. de la C.S.J., la funcionaria de primer nivel dio aplicación a un precedente frente a sucesos acaecidos en el año 2.018, fuera de que en la decisión en cita giraba en torno a una intervención realizada por ese Cuerpo Colegiado ante la vulneración del principio de la *“reformatio in pejus”,* toda vez que el *Ad quem* había desmejorado las condiciones de un apelante único. Así mismo la Corte consideró que la providencia aludida no representaba un cambio en el precedente jurisprudencial del fallo emitido por esa Corporación el 24 de junio de 2.020, radicado 52227, mediante el cual se acogió la postura de la sentencia SU-479 de 2.019 expedida por la Corte Constitucional en lo que respecta a la imposibilidad de realizar cambios a la calificación jurídica sin un soporte factual y sobre su no extensión de la negociación frente a los subrogados penales.

Con base en las argumentaciones hechas por el Juzgado de primera instancia, en el presente asunto se investiga el delito de concierto para delinquir agravado, pero la eliminación del agravante no se hizo como un ajuste de legalidad, sino a una negociación celebrada entre el Ente Acusador y los encartados, sin desdibujar la calificación jurídica de la conducta, lo cual no se hace extensivo al estudio del subrogado penal que se pretende.

A su modo de ver, luego del proferimiento de la sentencia SU-479 de 2.019, la C.S.J. a través de la providencia expedida 24 de junio de 2.020 dentro del proceso radicado 52.227, marcó un hito en materia de preacuerdos y negociaciones, pues estableció las reglas para la realización de los ajustes de legalidad y los límites de esos pactos que llevan a la terminación anticipada de los procesos, providencia que sirvió de fundamento a la falladora para sostener que los términos de la negociación no son extensivos a los subrogados penales, cuando existe una aceptación fáctica a un delito determinado, independientemente de lo pactado entre las partes, máxime si existe una expresa prohibición legal frente al otorgamiento de este tipo de beneficios.

La defensa lo que pretende con el recurso incoado es desdibujar lo sostenido por la C.S.J. en la providencia en comento respecto a la tipicidad de la conducta, tal y como se planteó en la audiencia de I.P.S., con base en un nuevo pronunciamiento de esa Colegiatura que hace viable el estudio de los subrogados penales conforme a la conducta preacordada.

Consideró que pese a la renuncia de del Juzgado de primera instancia a dar aplicación a lo sostenido por la C.S.J. en la sentencia 53.718 de 2.021, se debe tener en cuenta que ese proveído es reciente y que sus efectos surten efectos a partir de su proferimiento, y que resulta ser de efectos vinculares como criterio auxiliar de interpretación.

Aseguró que en el proceso al que hace alusión, acaecieron circunstancias similares a las aquí estudiadas porque se presentó un preacuerdo sin realizar ningún tipo de ajuste de legalidad al tipo penal, y al momento en el que la Corte realizó el estudio respectivo sobre el subrogado penal, se tuvo en cuenta el reato que fue aceptado por el acusado en la negociación celebrada.

Consideró que ese precedente es aplicable al caso subexamen, pues es el que se encuentra vigente al momento del procedimiento de la sentencia confutada, fuera de que se estaría salvaguardando el principio de favorabilidad, por ser esa decisión más benigna en materia penal.

Se debe tener en cuenta que cuando el señor MARC decidió aceptar los cargos, el Ente Investigador no le dio a conocer que su allanamiento a cargos no era extensivo al reconocimiento de subrogados penales por parte del juez de conocimiento, a quien solo le restaba verificar dicha aceptación, sin que se pudiera alterar los términos de la negociación celebrada, lo que a modo de ver del recurrente constituye una irregularidad y una vulneración a las garantías judiciales de los encartados.

Sin importar que el delito por el cual vienen siendo procesados los acusados y se cuente con el suficiente respaldo probatorio para determinar que se está en presencia del delito de concierto para delinquir agravado, conforme a lo señalado en la sentencia radicada con el Nro. 53.718 de 2.021, y en atención al allanamiento a cargos efectuada por el señor **MARC**, resulta procedente la concesión de la suspensión condicional de la pena, por lo que solicita se revoque el fallo confutado y se conceda al señor **MARC** el beneficio aludido.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida en primera instancia por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por el recurrente en la alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿El procesado MARC podría hacerse acreedor del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como consecuencia de los términos del preacuerdo signado con la Fiscalía, en cuya virtud aceptaba cargos por incurrir en la comisión del delito de concierto para delinquir en su modalidad básica (Artículo 340 C.P. inciso 1º).

Del mismo modo, como problema jurídico coyuntural, la Sala considera que aflora el siguiente:

¿Con el fallo opugnado se vulneraron los presupuestos que rigen los principios de congruencia y los efectos vinculantes de los preacuerdos, por cuanto el procesado MARC estipuló con la Fiscalía el aceptar cargos por el delito de concierto para delinquir en su modalidad básica, y empero fue declarado penalmente responsable por el delito de concierto para delinquir agravado?

**- Solución:**

Un análisis del contenido de la tesis de discrepancia propuesta por la Defensa en la alzada, nos enseña que la inconformidad surgida con la decisión proferida por el Juzgado *A quo* tiene que ver con todo aquello relacionado con la no concesión en favor del procesado MARC del subrogado penal suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Así tenemos que el Juzgado de primer nivel expresó en el fallo opugnado que en el presente asunto no era procedente el otorgamiento del subrogado de marras, por cuanto, acorde con la línea de pensamiento trazada por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. a partir de la sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — lo preacordado entre las partes en nada mutaba las premisas fácticas de la calificación jurídica dada a los hechos enrostrados al procesado, la cual vendrían siendo las mismas, o sea la del delito de concierto para delinquir agravado, reato respecto del cual, por expresa prohibición legal, no era procedente la concesión del subrogado reclamado por la Defensa.

De igual manera, el Juzgado *A quo* adujo que en el caso en estudio, para la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no era aplicable el precedente jurisprudencial invocado por la Defensa, o sea la sentencia del 14 de abril de 2021 — SP1288-2021. Rad. # 53718 — proferida por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. porque se estaba en presencia de hechos que no se acompasaban con lo plasmado en el presente asunto; sumado a que ese precedente jurisprudencial se refería a eventos acontecidos antes de la expedición de la sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — la cual es la que se debería aplicar en el presente asunto, pues los hechos sucedieron en vigencia de este último precedente jurisprudencial.

Como bien es sabido la Defensa refutó lo aludido por el Juzgado de primer nivel, al proponer como tesis de su discrepancia la consistente en que en el presente asunto se debía aplicar lo resuelto y decidido por la Corte en la sentencia del 14 de abril de 2021 — SP1288-2021. Rad. # 53718 — por tratarse de un caso similar que ameritaría la misma solución, o sea la relacionada con el reconocimiento en favor del procesado del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A lo cual — según expresó el apelante — se debía tener en cuenta que en el precedente invocado se trazaron unas nuevas subreglas jurisprudenciales que ampliaron el radio de acción de lo resuelto por la Corte en la sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227.

Frente a la anterior controversia, la Sala en un principio dirá que le asiste algo de razón tanto a lo expuesto por el Juzgado de primer nivel en el fallo opugnado, así como de todo aquello que ha sido objeto de reclamo por parte de la Defensa en la alzada, por cuanto sí bien es cierto que las premisas factuales y jurídicas consignadas en el caso en estudio son análogas o similares al asunto sobre el cual la Corte se pronunció en la sentencia del 14 de abril de 2021 — SP1288-2021. Rad. # 53718 — **de igual manera se debe de tener en cuenta que cuando en el presente asunto las partes signaron el preacuerdo, o sea para las calendas del 04 de diciembre 2.020, ya se encontraba en vigencia las reglas jurisprudenciales consignadas en la sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — las cuales se constituían en el norte a seguir en el escenario de los preacuerdos, pero, como se demostrará posteriormente,** **dicho norte fue olímpicamente ignorado por la Fiscalía cuando decidió estipular con la Defensa una imputación preacordada, la que, se reitera, de tajo desconocía las reglas jurisprudenciales trazadas por la Corte en la aludida sentencia adiada el 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227.**

Para demostrar lo antes expuesto, la Sala necesariamente deberá tener como premisas las consistentes en que los precedentes jurisprudenciales, como fuente formal del derecho, al igual que las leyes, en lo que atañe con sus efectos vinculantes, solo tienen vigencia hacia el futuro, o sea que solamente pueden regular casos similares acaecidos luego de que se haya proferido la sentencia hito. Pero de igual forma no se puede desconocer que los precedentes jurisprudenciales de manera excepcional pueden regular casos similares acaecidos antes de su entrada en vigencia, pero ello solamente acontecería en las hipótesis de favorabilidad, lo que nos quiere decir que no pueden ser utilizados para agravar o perjudicar la situación jurídica del procesado sino únicamente para favorecerlos.

En definitiva, de lo hasta ahora dicho se tiene que *«Siendo el precedente de obligatorio acatamiento, en la medida que debe entenderse como la ley interpretada para el caso concreto, sus efectos desfavorables solo pueden regir hacia el futuro, según se encuentra definido por el principio de favorabilidad en materia penal…»[[1]](#footnote-1).*

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala, al igual que el Juzgado de primer nivel, que en el presente asunto, pese a las similitudes fácticas, no se puede aplicar lo resuelto y decidido por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. en la sentencia del 14 de abril de 2021 — SP1288-2021. Rad. # 53718 — en atención a que esa sentencia se refiere a hechos que datan del año 2.016, o sea cuando no estaba vigente la sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — la que de aplicarse en ese asunto se tornaría en menos beneficiosa para los intereses de los procesados, y por ende, como ya se dijo, ese precedente jurisprudencial, por lo odioso, no podía tener efectos retroactivos.

Para ofrecer una mayor claridad de lo antes dicho, es menester que se tengan en cuenta que los hechos génesis de la sentencia del 14 de abril de 2021 — SP1288-2021. Rad. # 53718 — están relacionados con una estructura delincuencial conocida como *“Los 30/30”* que delinquía en el barrio *“Rebolo”* del municipio de Barranquilla, la cual se encontraba integrada, entre otros, por los siguientes fulanos: *(a) “el Ojón”*; *(a) “Alvarito”*; *(a) “el Osito”,* y *(a) “Barriga”*.

Luego de que dichos maleantes fueran judicializados, a quienes, entre otros, les fueron enrostrados cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de concierto para delinquir agravado, se tiene que la Fiscalía en el año 2.016 suscribió un preacuerdo con la Defensa, en virtud del cual se estipuló con varios de los procesados lo consistente en que el Ente Acusador le retiraba las agravantes del delito de concierto para delinquir a cambio de que los encausados aceptaran cargos por el delito de concierto para delinquir simple.

Después de haberse aprobado el preacuerdo, el Juzgado cognoscente profirió la correspondiente sentencia mediante la cual los procesados fueron declarados penalmente responsables por el delito de concierto para delinquir simple, y se les impuso la pena mínima por ese reato, pero frente a uno de los encausados, por aspectos eminentemente subjetivos, se adujo que no procedía la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Lo que a su vez dio lugar a un recurso de apelación interpuesto por la Defensa, el que fue confirmado al ser desatado por el *Ad quem*, pero las razones en las que se fundamentaron los jueces colegiados de 2ª instancia para confirmar el proveído opugnado, básicamente consistieron en aducir que el delito por el que se declaró el compromiso penal del procesado fue el de concierto para delinquir agravado, el cual se encontraba dentro del listado de reatos consagrados en el artículo 68A C.P. sobre los que estaba prohibido la concesión de subrogados y sustitutos penales.

Como se sabe, en contra de dicha decisión, se interpuso un recurso de casación, el cual fue resuelto por la C.S.J. mediante la aludida sentencia del 14 de abril de 2021 — SP1288-2021. Rad. # 53718 — en la que se casó el fallo confutado, con base en el argumento consistente en que el Tribunal *Ad quem* vulneró el principio de la prohibición de la reforma peyorativa, y por ende como quiera que el procesado aceptó cargos por el delito de concierto para delinquir simple se procedió a dictar una sentencia condenatoria en su contra por ese reato, lo que a su vez implicaba que debía hacerse beneficiario del subrogado penal reclamado por cuanto se cumplían con los requisitos de ley para que pudiera hacerse acreedor del susodicho substituto.

En tal sentido en el aludido fallo de casación la Corte adujo lo siguiente:

«En los procesos abreviados no le es dado al juez sustituir la voluntad de las partes, la que en este caso fue clara, concreta, esto es, que la responsabilidad penal aceptada debía ser por el delito acordado y como consecuencia de ello se otorgaría un beneficio con incidencia en la pena optándose por el concierto para delinquir simple, pena expresamente tasada por Fiscalía, defensa y procesado en 48 meses.

Cuando se procede como lo hizo el a quo y la única parte que recurre el fallo de segundo grado es la defensa del procesado LUIS DAVID GONZÁLEZ, proponiendo como único objeto de impugnación la revocatoria de la denegación del subrogado de la condena de ejecución condicional, por razón de la competencia funcional del superior, no le era dable al Tribunal de Barranquilla en su condición de ad quem adoptar la decisión de condenar a LUIS DAVID GONZÁLEZ y a CARLOS ALBERTO CORTÉS DE LA HOZ por concierto para delinquir agravado (artículo 340-2 del C.P.), con lo cual no solamente se alejó del texto convenido en el preacuerdo por las partes, si no que fundamentalmente se apartó de las limitaciones impuestas por el artículo 20-2 del C de P.P. al prohibir al superior “agravar la situación del apelante único”…»[[2]](#footnote-2).

Es de anotar que la decisión tomada por la C.S.J. al casar el fallo opugnado, y de ese modo decidir reconocerle al procesado el disfrute del subrogado penal reclamado, es producto de la línea de pensamiento habida hasta el año 2.020, en virtud de la cual se tenía por establecido que en materia de preacuerdos cuando, por cualquier circunstancias, como consecuencias de los descuentos punitivos reconocidos en favor del procesado por someterse a cualquiera de las modalidades de la terminación abreviada del proceso penal, daba lugar a unos delitos sancionados con penas que hacían viable el reconocimiento de subrogados y de substitutos penales, tales subrogados se le debían reconocer en favor del procesado en caso que se cumplieran con los requisitos para su concesión.

Pero no se puede pasar por alto que esa línea de pensamiento varió a partir de la sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — en la que se trazaron unas pautas, que a modo de reglas jurisprudenciales, se debían seguir por parte de la Judicatura al momento de la aprobación de un preacuerdo.

Entre tales pautas a seguir se encuentran:

“Primero. En virtud de un acuerdo no es posible asignarles a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

**Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.**

Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios…”[[3]](#footnote-3).

En resumidas cuentas, lo antes expuesto nos estaría indicando que de haberse aplicado por parte de la Corte en la sentencia del 14 de abril de 2021 — SP1288-2021. Rad. # 53718 — la línea jurisprudencial de pensamiento trazada a partir del fallo de casación del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — seguramente que al procesado no se le hubiera reconocido subrogado penal alguno, ya que lo estipulado entre la Fiscalía y la Defensa carecía de base fáctica, lo que en últimas implicaría que las consecuencias jurídicas que generaría el cambio dado a la calificación jurídica del delito de concierto para delinquir, el cual se mutó de la modalidad agravada a la simple, solamente lo sería para efectos punitivos, lo que en nada desdeciría que el procesado deba responder penalmente por el delito de concierto para delinquir agravado.

Pese a lo anterior, como lo hemos dicho en párrafos precedentes, en ese asunto no era factible aplicar la línea de pensamiento consagrada en la sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — porque ese precedente jurisprudencial no se encontraba vigente cuando tuvo lugar el preacuerdo, sumado a que no se podía aplicar de manera retroactiva por ser más nocivo y desfavorable para los intereses del procesado.

En ese orden de ideas, de todo lo hasta ahora expuesto, válidamente se puede colegir que el precedente jurisprudencial citado por la Defensa, pese a regular un caso análogo al puesto en consideración de la Colegiatura, no puede aplicarse al *subexamine* por tratarse de un evento particular que se encontraba sujeto a la revalidada línea de pensamiento fijada por la Corte hasta antes del año 2.020; lo cual no acontece con el asunto que ahora concita la atención de la Colegiatura, por cuanto las estipulaciones pactadas entre las partes se dieron cuando estaba en vigencia el precedente jurisprudencial proferido por la Corte en la aludida sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — la que, como se ha dicho hasta la saciedad, marcaría las pautas a seguir en el presente asunto, pero, como posteriormente se demostrara, no fueron tenidas en cuenta por el Delegado de la F.G.N.

Lo antes expuesto sería suficiente para que la Sala procediera a confirmar el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por el recurrente, pues se reitera, tal como lo adujo el Juzgado de primer nivel, no era aplicable al caso *subexamine* el precedente jurisprudencial invocado por la Defensa para que al procesado se le reconociera el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por cuanto, se reitera, se está en presencia de un preacuerdo carente de base fáctica, lo que implicaría que lo estipulado entre la Fiscalía y la Defensa solamente lo sería para efectos punitivos, lo que en nada desdeciría que el procesado deba responder penalmente por el delito de concierto para delinquir agravado, el cual, como es bien sabido se encuentra dentro del listado de reatos consagrados en el artículo 68A C.P. para los cuales se encuentra prohibido la concesión de sustitutos y de subrogados penales.

Pero, pese todo lo antes expuesto, las cosas no son tan fáciles como aparentan ser, porque en el presente asunto la Sala ha notado la existencia de una serie de bemoles malsonantes que de manera negativa repercutirían en el evento consistente en que si se decide darle un espaldarazo a lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, quien actuó acorde con la línea de pensamiento trazada tanto por esta Colegiatura como por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. ello en ultimas conllevaría en avalar una vulneración del principio de la congruencia, así como un desconocimiento de los efectos vinculantes que dimanan de los preacuerdos una vez que los mismos han sido aprobados.

Para una mejor compresión de lo antes expuesto, necesariamente la Sala debe de tener como hecho cierto e indiscutible el consistente en que en el devenir de las audiencias preliminares acaecidas el 04 de diciembre 2.020 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Quinchía, con funciones de control de garantías, la Fiscalía, de la manera más alegre y desinteresada, le hizo saber al Juzgado que estipuló con la defensa de los procesados MARC, JILG y otros, un convenio en el que preacordaban la formulación de los términos de la imputación de la siguiente forma: a) El delito en el que incursionaron los procesados, en calidad de coautores, era el reato de concierto para delinquir agravado, consagrado en el inciso 2º del artículo 340 C.P. b) Las partes acordaron retirar de ese injusto las circunstancias específicas de agravación punitivas consagradas en el aludido inciso 2º del artículo 340 C.P.; c) En consecuencia a los procesados se le formulaban cargos como coautores del delito de concierto para delinquir simple, o sea el tipificado en el inciso 1º del artículo 340 C.P.; d) A su vez los procesados aceptaban cargos por incurrir en la comisión del delito de concierto para delinquir simple, y en tal sentido se les impondría la pena mínima con la que es sancionado ese reato, la cual correspondería a cuarenta y ocho meses de prisión.

Es de anotar que en el devenir de esa audiencia el **Delegado de la F.G.N. no sabemos sí por ignorancia, por desidia o por dejadez,** **no tuvo para nada en cuenta las reglas jurisprudenciales trazadas en materia de preacuerdos por parte de la C.S.J. en la aludida sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — las cuales aconsejaban que por tratarse de un preacuerdo que carecía de base fáctica, la Fiscalía estaba en el deber de hacerle saber, tanto al Juzgado con funciones de control de garantías, como a las demás partes e intervinientes, que como consecuencia de lo preacordado se estaba en presencia de una especie de ficción jurídica en la que la variación de la calificación jurídica dada a los hechos no correspondía a las premisas fácticas consagradas en los hechos jurídicamente relevantes, y por ende lo estipulado entre las partes solamente tendría efectos punitivos que en nada desdibujaría el hecho consistente en que los procesados debían responder por el delito de concierto para delinquir agravado, el que correspondería al reato que se le debía imputar a los procesados.**

Pero vemos que nada de ello sucedió, porque se insiste el Delegado de la F.G.N. con la anuencia del Juzgado de Control de Garantías, actuó como sí para él no existieran las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte en materia de preacuerdos, las cuales, sobra decir, por regla general son de forzoso acatamiento, lo que trajo como consecuencia que los procesados admitieran los cargos que le fueron formulados por incurrir en la comisión de un delito de concierto para delinquir simple, sin que se les advirtiera, como tenía que ser, que ello solamente lo era para efectos punitivos que en nada desnaturalizara el evento consistente en que su responsabilidad penal correspondería a la del delito de concierto para delinquir agravado, el cual sería el delito que en verdad se le estaba imputando a los procesados sin importar para nada que las partes hayan decidido preacordar los términos de la formulación de la imputación.

Es de anotar que tal cosa sucedió como consecuencia de la actitud tolerante y displicente asumida por parte del Juzgado que para ese entonces cumplía con las funciones de control de garantías, quien solamente se contentó con fungir a modo de un simple y mero convidado de piedra al quedarse de brazos cruzados y no hacer nada para que la Fiscalía enmendara semejante dislate, o en su defecto dejar las constancias del caso en caso de que el Fiscal Delegado asumiera una actitud tozuda.

De igual manera la Sala advierte que dicho yerro *picó y se extendió* en el devenir del proceso porque cuando la actuación procesal pasó a consideración del Juzgado *A quo*, para que decidiera sobre la aprobación o improbación del preacuerdo, vemos que el Juzgado Cognoscente no se dio cuenta de esa mácula, razón por la que en el devenir de la audiencia celebrada el 02 de agosto de 2.021 procedió a imprimirle aprobación a lo pactado entre la Fiscalía y la Defensa.

Por lo tanto, sí se estaba en presencia de un preacuerdo al que se le imprimió la correspondiente aprobación por parte de la Judicatura, la consecuencia lógica es que en virtud del principio de la congruencia, según el cual, acorde con las voces del inciso 1º del artículo 350 C.P.P. lo estipulado en un preacuerdo funge a modo de escrito de acusación, se debía proferir una sentencia en consonancia con lo acordado entre las partes, lo que, de contera, tenía efectos vinculantes para todo el mundo, sí partimos de la base consistente en que *«La aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes…»*[[4]](#footnote-4)*.*

Sin embargo, pese a lo antes expuesto, se tiene que la realidad procesal nos enseña que ello no sucedió, porque el Juzgado de primer nivel no profirió un fallo que se encontrase en consonancia con lo estipulado entre las partes, lo que posteriormente fue objeto de aprobación por el Juzgado *A quo,* porque en vez de declarar la responsabilidad criminal de los procesados por el delito de concierto para delinquir simple, como debería ser, lo que hizo fue declarar el compromiso penal de los encartados por el reato de concierto para delinquir agravado (Inciso 2º del artículo 340 C.P.).

Tal situación, como ya se dijo, generó una vulneración del principio de la congruencia, el que *«se refiere a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación y la sentencia…»[[5]](#footnote-5)*, al generarse, en el marco de la calificación jurídica dada a los hechos, una especie de divorcio entre los cargos aceptados por los procesados, lo que como se sabe correspondían al delito de concierto para delinquir simple, y aquellos respecto de los cuales fueron declarados penalmente responsables, o sea el reato de concierto para delinquir agravado.

Lo acontecido, de manera particular en el presente asunto, a todas luces se constituiría en una violación del debido proceso, porque, como ya se dijo, como consecuencia de la aprobación de un preacuerdo, acorde con los efectos vinculantes que dimanan de esa clase de actos procesales, prácticamente la única opción que le quedaba al Juzgado Cognoscente no era otra diferente que la de proferir una sentencia condenatoria conforme con los cargos aceptados o admitidos por los procesados; lo cual, como se sabe, no sucedió en el presente asunto, porque lo que en verdad aconteció es que el Juzgado *A quo* decidió declarar el compromiso penal de los procesados con base en un delito más gravoso, el que de contera era complemente diverso de aquel por el que los encausados decidieron admitir cargos, lo que, no sobra decir, fue producto de la manera tan torpe como el Fiscal Delegado, que a nombre de la F.G.N. intervino en la audiencia preliminar celebrada el 04 de diciembre 2.020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quinchía, con funciones de control de garantías, acordó con la Defensa los términos en los cuales se formularia la imputación.

Estando claro que en el presente asunto puesto a consideración de la Sala tuvo lugar un socavamiento de las bases estructurales del debido proceso, se podría pensar que la declaratoria de nulidad procesal sería la única medida a la que se podría acudir para sanear semejante mácula, pero la Colegiatura considera que de hacer uso de esa herramienta se podría generar en contra de la unidad de Defensa una vulneración del principio de la prohibición de la reforma peyorativa, consagrado en el inciso 2º del articulo 20 C.P.P. ya que al retrotraer la actuación a los estadios procesales pertinentes, ello ocasionaría una situación mucho más gravosa para los intereses de los procesados, porque al formularse la imputación preacordada acorde con las reglas jurisprudenciales consagradas en la en la aludida sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227 — ello daría lugar para que los efectos que generaría el retiro de los agravantes del delito de concierto para delinquir deban ser considerados únicamente para fines punitivos, y por ende la declaratoria del compromiso penal enrostrado a los procesados correspondería a la del delito de concierto para delinquir agravado, lo que a su vez traería como consecuencia que los procesados no pudieran hacerse acreedores de subrogados ni de substitutos penales, porque, como bien se sabe, el delito de concierto para delinquir se encuentra dentro del listado de reatos consagrados en el artículo 68A sobre los cuales se encuentra prohibido la concesión de esa clase de beneficios.

Al no existir duda alguna que en el presente asunto se está en presencia de una especie de tensión surgida entre principios de raigambre constitucional, considera la Sala que el principio de la prohibición de la reforma peyorativa debería prevalecer sobre la declaratoria de nulidad porque: a) En aquellos eventos en los cuales entran en conflicto principios de esa estirpe, como herramienta de ponderación se debe acudir a la interpretación *pro homine*, la cual *«impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional…»*[[6]](#footnote-6); b) Los procesados se encuentran bajo el amparo del principio de confianza legítima, en atención a que decidieron aceptar los cargos enrostrados en su contra como consecuencia de la propuesta formulada por la Fiscalía, y en consecuencia les asiste las validas expectativas de esperar que el fallo se profiera en consonancia con los cargos que aceptaron.

Acorde con lo anterior la Sala se abstendrá de decretar la nulidad del proceso, y en consecuencia, a fin de hacer valer el principio de la congruencia, modificará el contenido del fallo opugnado en el sentido de establecer que la declaratoria del compromiso penal endilgado al procesado MARC debe corresponder a la del delito por el cual el encausado aceptó cargos, o sea el reato de concierto para delinquir simple.

Es de anotar que los efectos de la presente decisión, acorde con lo regulado en el artículo 187 C.P.P.[[7]](#footnote-7) deben hacerse extensivo a los también procesados JILG y otros, quienes pese a no fungir como apelantes se encuentran en la misma situación jurídica que aqueja al procesado MARC, y por ende, a fin de hacer gala del principio de la igualdad, es claro que lo resuelto y decido en el presente asunto debe generar una especie de efectos *inter comunis* sobre esos procesados.

Tal modificación del contenido del fallo opugnado, traería como consecuencia que los procesados MARC y otros deban hacerse acreedores del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, acorde con lo regulado en el artículo 63 C.P. en atención a que a los aludidos procesados se les impuso una pena que no excede los cuatro años de prisión, aunado que el delito por el cual en sede de 2ª instancia se declaró su compromiso penal, o sea el reato de concierto para delinquir simple, no se encuentra dentro del listado de punibles consagrados en el artículo 68A C.P. para los cuales está prohibido la concesión de sustitutos y de subrogados penales.

Siendo así las cosas, la Sala le reconocerá a los procesados MARC y otros el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la que se suspenderá por un periodo de cuatro años, para lo cual los procesados deberán comprometerse a cumplir con las obligaciones consagradas en el artículo 65 C.P. cuyo cumplimiento deberán garantizar mediante la constitución de una caución, sea esta bancaria, prendaria o de póliza judicial expedida por una compañía de seguros, equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente. De igual manera, dicha caución deberá ser cancelada dentro de los cincos días subsiguientes contados a partir de la última notificación del presente proveído de 2ª instancia.

**Finalmente, la Sala debe de dejar en claro que lo resuelto y decidido en el presente asunto para nada implicaría una variación o un cambio de la línea de pensamiento que tiene la Colegiatura en todo aquello que atañe con los efectos que generarían los preacuerdos que carecen de base fáctica frente a la concesión de subrogados y de substitutos penales, pues en tales eventos lo estipulado entre las partes sería una especie de ficción que solamente tendría unos fines punitivos para beneficiar al procesado como compensación por lo preacordado, lo que en nada desnaturalizarían las premisas fácticas de los hechos jurídicamente relevantes[[8]](#footnote-8).**

**Lo anterior lo decimos en atención a que este asunto tiene unas características *sui generis,* como se ha dicho a lo largo de esta providencia, que ameritaba un tratamiento especial por cuanto, como se dijo, se estaba en presencia de un evento en el que la Fiscalía desconoció el deber ser de lo que tenía que hacer al momento de formular una imputación procordada, frente a la cual la judicatura no ejerció los debidos controles, lo que trajo como consecuencia que se sembrara en la defensa unas falsas expectativas.**

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la audiencia de lectura de la presente decisión de 2ª instancia, la Sala, por economía procesal, se abstendrá de llevar a cabo dicha vista pública por ser esta un acto procesal que se puede considerar como un tanto innecesario e irrelevante, y en tal sentido se ordenara que por Secretaría, acorde con lo regulado en el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022, se lleve a cabo la notificación personal del presente proveído mediante la remisión de copias del mismo a la dirección de correo electrónico suministrada por las partes e intervinientes.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el contenido de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal Especializado del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento, en las calendas del 20 de octubre de 2.021, en el sentido de establecer que el juicio de responsabilidad penal pregonado en contra de los procesados MARC y otros, será por incurrir en la comisión del delito de concierto para delinquir simple.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se **REVOCARÁ** parcialmente el fallo confutado en lo que atañe con la negativa de concederle a los procesados MARC y otros, el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para en su lugar reconocerle a los aludidos procesados el disfrute del subrogado penal de marras mediante el cual se suspenderá la ejecución de la pena por un periodo de cuatro años.

**TERCERO:** A fin que los procesados MARC y otros puedan hacer merecedores del disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, deberán comprometerse a cumplir con las obligaciones consagradas en el artículo 65 C.P. cuyo cumplimiento deberán garantizar mediante la constitución de una caución, sea esta bancaria, prendaria o póliza judicial expedida por una compañía de seguros, equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente; la que deberá ser cancelada dentro de los cincos días subsiguientes contados a partir de la última notificación del presente proveído de 2ª instancia.

**CUARTO: ORDENAR** que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones.

**QUINTO: DECLARAR** que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

Con salvamento de voto

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 08 de noviembre de 2.017. SP18449-2017. Rad. # 47608. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 14 de abril de 2021. SP1288-2021. Rad. # 53718. M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 24 de junio de 2.020 — SP2073-2020 — Rad. # 52.227. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 18o de abril del 2.007. Rad. # 27159. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 24 de junio de 2.015. SP8034-2015. Rad. # 41685. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional: Sentencia # T-191/09 del 20 de marzo de 2009. [↑](#footnote-ref-6)
7. Norma esta que se aplica en materia de casación, pero pese a ello, a fin de hacer valer el principio de la igualdad, considera la Sala que no existe óbice alguno para que se aplique en el escenario del recurso de apelación frente a aquellos procesados que no recurrieron en alzada. [↑](#footnote-ref-7)
8. En tal sentido se pueden consultar las siguientes providencias proferidas por esta Sala Providencia del 16 de septiembre de 2021. Rad. # 666826000048-2021-00045-01. M.P. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE. Providencia del 9 de diciembre de 2.021. Rad. # 66001-60-00-35-2015-80001-01. M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA. [↑](#footnote-ref-8)