

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN  
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Sustanciador  
**Santiago Apráez Villota**  
Aprobado Acta No. 47.

Medellín, marzo dieciséis (16) dos mil diecisiete (2017).

El Juez 3º Penal del Circuito Especializado de Medellín mediante sentencia calendada el 30 de noviembre anterior, condenó a Nicolás Antonio Castañeda Restrepo como autor de la conducta punible de concierto para delinquir agravado.

Contra esta sentencia interpuso el recurso de apelación el defensor del procesado, que la Sala se apresta a resolver.

ANTECEDENTES

1. Entre los años 2013 y 2015, Nicolás Antonio Castañeda Restrepo integró el grupo denominado “*Los de San Gabriel*”, el cual era conformado por un numero plural de personas que unieron sus voluntades para llevar a cabo distintas conductas punibles, entre estas extorsiones, tráfico de estupefacientes, desplazamientos forzados y amenazas, y que operaba en el barrio San Gabriel del municipio de Itagüí.

2. Por estos hechos, en audiencias celebradas el 31 de marzo de 2016 ante el Juzgado 38 Penal Municipal, con función de control de garantías, la Fiscal 48 Especializada formuló imputación en contra de Nicolás Antonio Castañeda Restrepo por el delito de concierto para delinquir con fines específicos establecido en el inciso 2º del artículo 340 del código penal, cargo al cual no se allanó el imputado, a quien se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión.

3. El 10 de agosto de 2016, la aludida fiscal presentó escrito de acusación directo por ese mismo delito, asumiendo conocimiento de la acusación el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado, quien instaló la audiencia respectiva el 19 de octubre subsiguiente, diligencia en que la delegada del órgano de persecución manifestó que había convenido un preacuerdo con el procesado, el cual consistía en que este aceptaba su responsabilidad, a cambio de que *“se le retire para efectos del preacuerdo la agravante que le fue endilgada en la audiencia de imputación al ciudadano Nicolás Antonio Castañeda Restrepo, eso con miras a que quede únicamente por el delito de concierto para delinquir simple”*, mismo que fue aprobado por el Juzgador en esa misma fecha.

4. El 30 de noviembre de 2016 se efectuó la audiencia de individualización de pena en la que la defensa solicitó que se concediera a su representado el subrogado de la ejecución condicional, mientras que la fiscalía dejó tal asunto a consideración del juez, quien en esa misma fecha profirió sentencia condenatoria en contra de Nicolás Antonio Castañeda Restrepo, a quien condenó a la pena de 48 meses de prisión como autor del delito de concierto para delinquir agravado y le negó el subrogado deprecado, argumentando que el delito de concierto para delinquir se encuentra *“incluido en el catálogo de delitos del artículo 68 A del Código Penal, que expresamente prohíbe la concesión de subrogados, pues el Juzgado considera que la exclusión de la agravante del inciso 2 del artículo 340 del Código Penal es únicamente para efectos punitivos, pues los hechos son característicos del concierto para delinquir agravado y la condena será en esos términos”*.

5. La anterior decisión fue recurrida por el defensor de Nicolás Antonio Castañeda Restrepo, quien replicó que la calificación jurídica que se hace en la formulación de imputación es provisional y que *“en el caso concreto que nos interesa en el día de hoy la fiscalía nunca llegó a acusar a mi cliente por el delito de Concierto para delinquir Simple -sic- y en efecto, así fue la manifestación del señor Nicolás Castañeda, se declaró culpable de haber infringido esa disposición legal “artículo 340 inciso primero CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE”*. (Mayúsculas y signos de puntuación originales).

Bajo ese entendido, asegura que se cumplen todos los requisitos objetivos para otorgar los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, toda vez que a Nicolás

Antonio le fue impuesta una pena de 48 meses de prisión, carece de antecedentes penales y se estableció su arraigo, por lo que solicita que se conceda uno u otro subrogado, el primero de los mencionados de forma principal y el segundo como subsidiario.

## SE CONSIDERA

La petición de la defensa apunta a que se conceda a su representado, ya sea la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, mecanismos sustitutivos que le fueron negados por el *a quo* con fundamento en la prohibición establecida en el inciso 2º el artículo 68 A del código penal que prohíbe la concesión subrogados para los condenados por la conducta de concierto para delinquir agravado, al considerar que la eliminación de la agravante en virtud del preacuerdo solo tiene efectos punitivos.

Para mayor claridad del asunto conviene aclarar que la adecuación jurídica atribuida al procesado fue la de concierto para delinquir agravado; sin embargo, fue modificada en virtud del preacuerdo, el cual, como reconoció el juez al aprobarlo, no socavaba las garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

Hecha esa aclaración, es menester reconocer que no ha sido pacífica la discusión suscitada frente a aquellos eventos en los cuales las rebajas o modificaciones en razón a un preacuerdo permiten la concesión de beneficios o subrogados penales que en principio resultaban prohibidos por ley; prueba de ello es que al interior de la Corte Suprema no se ha acogido un criterio unánime y que en pasada oportunidad, quien hoy funge como ponente realizó un salvamento de voto a la providencia del Dr. Nelson Saray Botero calendada el 5 de septiembre anterior, recaída al interior de la actuación identificada con el radicado 2015-28531, al considerar que “*la providencia adoptada por la mayoría desconoció la línea jurisprudencial mayoritaria trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y con razones abstractas sobre el principio de legalidad y los derechos de las víctimas, no descendió a señalar porqué en este caso concreto éstos se verían afectados con la posible sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria*”.

Pues bien, dentro de las dos posturas antagónicas que se han presentado frente al punto, la Sala acoge la solución asumida por la mayoría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 1º de junio de 2016 recaída en la actuación con radicado 46101 en la que fungió como Magistrado Ponente el Dr. Eyder Patiño Cabrera, en la cual se sostuvo que los preacuerdos y allanamientos son vinculantes para el juez de conocimiento, salvo que la adecuación típica desconozca groseramente la situación de facto, se transgreda el principio de legalidad o se afecten las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, pues de verificarse alguno de los anteriores supuestos, corresponde al juzgador intervenir para garantizar el respeto al debido proceso y los principios de legalidad y de tipicidad que lo nutre; en ese sentido, ha de entenderse que la fiscalía no es dueña absoluta de la acción penal.

En palabras del Máximo Tribunal:

*“3.2. Pues bien, lo primero que importa resaltar, para la solución del caso puesto a consideración de la Sala, es que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado, por la vía del allanamiento a cargos o de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez, a quien le corresponde dictar el respectivo fallo anticipado, atendiendo a lo convenido por las partes, salvo que advierta vicios del consentimiento o vulneración de garantías fundamentales.*

*Recientemente así lo reiteró la Corte en CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 43356:*

*Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.*

*De lo anterior deriva el primer desacierto del Tribunal, al escindir los efectos del preacuerdo bajo el entendido que **SOSA RODRÍGUEZ***

*aceptó su responsabilidad a título de autor frente al injusto contra la seguridad pública, sancionado con una pena mínima de nueve (9) años de prisión y que ello es distinto al pacto de degradar la forma de participación de autor a cómplice, como única compensación por la aceptación de cargos.*

*Bajo esa errada creencia, estableció que no se cumple con el presupuesto objetivo consagrado en el artículo 38B, adicionado por la Ley 1709 de 2014, lo que estimó suficiente para revocar la prisión domiciliaria.*

*En casos como el presente, esto es, cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, «examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice», según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736, cuando analizó un asunto de connotaciones semejantes”* (subrayas del Tribunal).

Huelga anotar que frente a dicha providencia el Magistrado Eugenio Fernández Carlier presentó un salvamento de voto, cuyos argumentos gozan de solidez, frente a los cuales la Sala replica los siguientes:

1. En el salvamento de voto se apela recurrentemente a los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, los cuales son de índole constitucional, como bien han sido reconocidos por la Corte Constitucional, destacando las sentencias C-516 de 2007, en concordancia con los fallos C-1260 de 2005, C-457 de 2006 y C-209 de 2007.

Pues bien, en la sentencia C 516 de 2007 se anotó que es obligación de la fiscalía citar a las víctimas a las conversaciones que adelante con el procesado para concertar un preacuerdo y que corresponde a aquélla tener en cuenta las aspiraciones de la víctima para fijar los términos de la negociación, por manera que cuando se le presenta un preacuerdo al juez se entiende que en el mismo se han respetado los derechos de los perjudicados con la conducta punible y que estos ha sido escuchado al interior de las negociaciones.

2. Pese a que el Magistrado Disidente plantea tres clases de preacuerdo, la lectura del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, conlleva a considerar a la Sala, al igual que a la mayoritaria de la Corte Suprema, que “*Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada*”<sup>1</sup>.

En ese orden, como en el presente caso no se está frente a la modalidad consensuada en que se recibe una rebaja de pena a cambio de la aceptación, ha de considerarse que se está efectuando una negociación de la tipicidad.

3. Los fiscales están llamados a velar porque las negociaciones no se traduzcan en una burla para los asociados al generar en ellos una sensación de impunidad, debiendo procurar que en cada una de las negociaciones se materialice el postulado de justicia. En ese cometido, les corresponde ponderar las particularidades del caso -entre estas el material probatorio recaudado, la posibilidad de sacar adelante una condena, el desgaste para la administración dada la complejidad del asunto, el daño causado, el número de víctimas y las aspiraciones de estas, pues en muchos casos no todas persiguen una retribución en términos punitivos- para lograr una negociación que sea concebida como justa, que no genere desazón en la sociedad y permita “*humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso*” (artículo 348 de la Ley 906 de 2004).

Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de injerencia del juez en los allanamientos y preacuerdos sometidos a su consideración en los que adviertan una vulneración de garantías superiores.

4. Conforme al citado artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, el preacuerdo y el acta de allanamiento a cargos fungen como acusación. En palabras de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> Decisión del 24 de febrero de 2016. Radicado: 45.736. M.P.: Eyder Patiño Cabrera.

<sup>2</sup> Decisión del 6 de febrero de 2013, rad. 39892.

*“La jurisprudencia ha trazado una línea de pensamiento, conforme con la cual la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal. (Se destaca).*

Ahora, al margen de que se denomine como un preacuerdo con degradación o uno de readecuación típica, en acuerdos como el presente se está aplicando el numeral 1º del artículo 350 que establece que el fiscal “*elimina de la acusación alguna causal de agravación punitiva*”, evento en el cual se entiende que la fiscalía ha declinado de su solicitud de condena por la circunstancia agravante.

En ese orden, cuando el juez *motu proprio* desconoce la readecuación típica que hizo la fiscalía en virtud del consenso y profiere condena por una circunstancia agravante que fue eliminada, desconoce el principio de congruencia desarrollado en el artículo 448 del código de procedimiento penal que establece que “*el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*”.

Son esas las razones por las cuales la Sala se aparta del salvamento de voto del Dr. Eugenio Fernández Carlier y acoge la posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia antes transcrita, conforme a la cual el examen en orden a verificar la procedencia de subrogados, concretamente los requisitos objetivos, debe hacerse conforme a la pena y la tipicidad resultante del preacuerdo.

Así las cosas, bajo el entendido que la fiscalía modificó la conducta a la de concierto para delinquir simple y que la declaratoria de responsabilidad se hace por ese delito, no opera la prohibición legal contenida en el artículo 68 A y se encuentran satisfechos los presupuestos para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en tanto el procesado

carece de antecedentes penales y la pena no supera los cuatro años de prisión.

Corolario de lo anterior, la Sala modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, concederá a Nicolás Antonio Castañeda Restrepo el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por espacio de dos (2) años previa suscripción de diligencia en la que se comprometa a observar las obligaciones señaladas en el artículo 65 del código penal, las cuales deberán ser garantizadas mediante caución equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

### **RESUELVE:**

1. Revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia emitida el 30 de noviembre de 2016 por el Juez 5º Penal del Circuito Especializado y, en su lugar, se suspende la ejecución de las penas privativa y no privativas de la libertad que le fueran impuestas a Nicolás Antonio Castañeda Restrepo por espacio de dos (2) años en los términos del artículo 63 del código penal, bajo la caución y obligaciones señaladas en la parte motiva de esta providencia

2. Una vez aprobada la decisión, por Secretaría, líbrense las comunicaciones necesarias para dejar en libertad a Nicolás Antonio Castañeda Restrepo, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial.

Por el Magistrado Sustanciador se citará a audiencia de lectura de esta sentencia, en la que se notificará a las partes su contenido.

A su ejecutoria, regrese la actuación al juzgado de origen.

**CÚMPLASE**

**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
Magistrado

**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
Magistrado

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
Magistrado