



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado Ponente

SP486-2018
Radicación 50000
(Aprobado Acta No. 65)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 18 de diciembre de 2015, que modificó la dictada el 15 de septiembre del mismo año por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad.

ANTECEDENTES:

1. Según la sentencia recurrida en casación, entre los años 2011 y 2013 operó en la costa norte de Colombia una organización delictiva conformada por Víctor Omar Pacheco Carrascal, Álvaro Barbosa Ortiz, Pedro Elías Angarita Niño y JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA, alias «George», dedicada al transporte de estupefacientes que ocultaban en contenedores y vía marítima enviaban a Europa.

2. Efectuada la captura de los mencionados individuos, su legalización se produjo en audiencia preliminar realizada el 22 de octubre de 2014 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena. En esa diligencia la Fiscalía imputó a Víctor Omar Pacheco Carrascal, Álvaro Barbosa Ortiz y Pedro Elías Angarita Niño la coautoría en los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes —arts. 340 y 376 del C.P.— y a JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA le atribuyó sólo el concierto para delinquir agravado, cargos que no fueron aceptados por los imputados, pero que sirvieron de base para la medida de aseguramiento privativa de la libertad que se les impuso.

3. El 3 de diciembre de 2014 la Fiscalía radicó acta de preacuerdo suscrita por los procesados y sus defensores. En ella, JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA aceptó declararse culpable del delito de concierto para delinquir agravado del artículo 340 del Código Penal a cambio de lo cual, *«la Fiscalía retirará de la acusación la causal de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal y por tanto*

para tasar la pena se tendrá la prevista para el punible de concierto para delinquir, partiéndose del mínimo previsto en el inciso primero de la norma en cita, esto es 48 meses, la cual será la pena a imponer al señor TOBÓN ORTEGA».

El convenio fue avalado el 15 de julio de 2015 por el Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de Cartagena, respecto de JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA y Víctor Omar Pacheco Carrascal, quienes no comparecieron a esa audiencia porque renunciaron a hacerlo. Allí mismo se ordenó la ruptura de la unidad procesal en relación con Pedro Elías Angarita Niño y Álvaro Barbosa Ortiz, quienes no ratificaron su voluntad de aceptar los cargos.

4. La sentencia se profirió el 15 de septiembre de 2015 y en ella el juzgado declaró la responsabilidad penal de JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA por el delito de concierto para delinquir simple y le impuso la pena de 48 meses de prisión e interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, previo pago de caución en cuantía de un salario mínimo mensual vigente. De igual forma, condenó a Víctor Omar Pacheco Carrascal a la pena de 138 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo y multa de 1334 s.m.m.l.v., al hallarlo responsable de los punibles de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

5. La Fiscalía apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Cartagena, mediante la sentencia objeto del recurso de casación, proferida el 18 de diciembre de 2015, lo revocó parcialmente y, en su lugar, condenó a JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA a la misma pena, pero por el delito de concierto para delinquir agravado, lo cual conllevó que le revocara el subrogado concedido en primera instancia, en atención a la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal.

LA DEMANDA:

Consta de dos cargos.

En el primero denuncia el defensor la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso primero del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, llamado a regular el caso, toda vez que era base del preacuerdo suscrito por el procesado con la Fiscalía y aprobado por el juzgado de primera instancia, pues el delito preacordado fue el de concierto para delinquir simple y no el agravado por el que fue condenado por el Tribunal.

Esa irregularidad aparejó, según el recurrente, el uso indebido del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, que prohíbe la concesión de subrogados a quienes incurran en concierto para delinquir agravado, así como la exclusión del artículo 63 del mismo estatuto que permite la suspensión de la ejecución de la pena para la modalidad simple de ese delito, conducta que fue la aceptada por el procesado. Dicho error afecta las

garantías fundamentales del acusado porque pone en riesgo su libertad ante la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena y, por ello, solicita casar el fallo de segundo grado y dejar en firme la sentencia de primera instancia.

En el segundo plantea el abogado la vulneración directa de la ley por aplicación indebida del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, pues el Tribunal consideró que el preacuerdo base de la sentencia no era por concierto para delinquir simple sino agravado. De esa manera dejó de aplicar el artículo 63 del Código Penal, lo cual originó la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena concedida en primera instancia, en tanto el concierto con fines de narcotráfico está contenido en el listado de delitos sobre los que el legislador prohíbe el subrogado.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el defensor, el Fiscal Delegado ante la Corte y el Ministerio Público.

1. El defensor.

Pide a la Sala modificar la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, dejar en vigor la de primer grado por cuanto el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA consistió en que éste aceptaba su responsabilidad en la comisión del delito de concierto para

delinquir simple, en virtud del cual sería sancionado con pena de prisión de cuatro años, y no la modalidad agravada por la que lo condenó el Tribunal.

Rememora que en la audiencia de verificación del preacuerdo el fiscal verbalizó una situación diferente a la acordada, pues señaló que el pacto consistía en que el procesado se declaraba culpable del delito de concierto para delinquir agravado a cambio de una rebaja del 50% de la pena y, por ello, la defensa hizo ver que en el acta de preacuerdo se había plasmado inequívocamente que el concierto aceptado por el imputado era en la modalidad simple. Ante la divergencia interpretativa, el juez solicitó aclarar la imputación, momento en el que el fiscal señaló que la consecuencia jurídica era la rebaja del 50% de la pena y que retiraba la causal de agravación del inciso primero del aludido precepto. Efectuada la aclaración, el funcionario aprobó el acuerdo y, posteriormente, dictó sentencia por el delito de concierto para delinquir simple.

Para el defensor, entonces, el Tribunal desconoció el artículo 350 de la Ley 906 de 2004 al apartarse del acuerdo suscrito entre Fiscalía y procesado, con lo cual violó de forma directa la ley sustancial al aplicar un precepto que no estaba llamado a regular el caso y dejar de aplicar el que sí lo regulaba, en desmedro del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

2. El Fiscal Delegado ante la Corte.

En su opinión el juzgador de segunda instancia acertó al condenar a JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA por el delito de concierto para delinquir agravado porque la solicitud de audiencia preliminar se hizo por esa modalidad delictiva, la cual fue imputada y aceptada por el procesado, según se observa en el acta de preacuerdo. Y si bien en ese documento se indicó que se retiraría la agravación del inciso segundo del artículo 340 del Código Penal, ello obedeció a la necesidad de precisar que la pena sería tasada con apoyo en el inciso primero de esa normativa.

En su criterio la negociación no se centró en el cambio de tipificación de conducta, sino en la rebaja de la pena como producto de la aceptación de culpabilidad. Por eso, cuando el fiscal mencionó el artículo 350 inciso segundo, numeral 1º, del Código Penal, a no dudarlo, lo hizo para que tuviera incidencia en el monto de la pena privativa de la libertad e, incluso, en la pena pecuniaria, como lo recalcó, aunque con poca claridad, en la audiencia de verificación.

Lo pactado, insiste el fiscal delegado, fue una rebaja de pena de hasta el 50 % del mínimo, pues nunca se acordó el cambio de tipificación de la conducta y, por ello, la consecuencia de la adecuación punitiva, acorde con lo establecido en el artículo 68 A del Código Penal, es la exclusión de los subrogados penales en razón a la temporalidad en que se cometió el hecho.

A su parecer, entonces, no hay violación directa de la ley, de manera que la sentencia no debe casarse.

3. El Ministerio Público.

Precisa que el reproche contenido en el primer cargo estriba en que JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA aceptó su responsabilidad en el delito de concierto para delinquir a cambio de que la Fiscalía retirara la agravación del inciso segundo del artículo 340 del Código Penal y, para tasar la pena, se tendría en cuenta la prevista para el concierto simple, esto es, 48 meses, acuerdo que se consignó en el acta correspondiente, fue ratificado y avalado en la audiencia de verificación.

Destaca que ante las imprecisiones del acuerdo, el juez pidió aclarar la imputación contendida en el preacuerdo y el fiscal señaló que la pena era de 48 meses de prisión y que retiraba la agravación, de manera que, en su opinión, el delito imputado fue el concierto simple.

Siendo ello así, el Tribunal desconoció el acuerdo suscrito por las partes al condenar por concierto para delinquir agravado y revocar el subrogado, pues el convenio equivale a la acusación y no podía variarse la calificación jurídica allí contenida. Con ese proceder, además de afectar el debido proceso y el derecho de defensa del procesado, violó la ley sustancial y, por ello, el cargo debe prosperar, debiéndose casar la sentencia y, en su lugar, dejar en firme el fallo de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Los cargos planteados, se recuerda, los hizo consistir el recurrente en que el Tribunal dejó de aplicar el inciso primero del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, llamado a regular el caso, toda vez que era base del preacuerdo aprobado por el juzgado de primera instancia.

Esa irregularidad aparejó, según el demandante, la indebida utilización del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, que prohíbe la concesión de subrogados a quienes incurran en concierto para delinquir agravado, así como la inaplicación del artículo 63 del mismo estatuto que permite la suspensión de la ejecución de la pena para ese delito en la modalidad simple, que fue la aceptada por el procesado.

2. Los preacuerdos y negociaciones previstos en la Ley 906 de 2004 posibilitan la terminación anticipada del proceso por vía de la aceptación de culpabilidad, a cambio de obtener beneficios que comporten una menor respuesta punitiva del Estado, bien sea por la eliminación de alguna causal de agravación o algún cargo — art. 350 inciso segundo numeral 1°— o por la tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena — art. 350 inciso segundo numeral 2° —.

El acuerdo celebrado entre Fiscalía y procesado, al tenor del artículo 350 inciso primero del Código de Procedimiento Penal, equivale al escrito de acusación, por manera que el juez de conocimiento, tal como sucede con la acusación radicada en el trámite ordinario, no puede dictar

sentencia bajo una calificación jurídica distinta a la fijada por la Fiscalía y admitida por el acusado, salvo que se afecten garantías fundamentales, pues la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, orientada a garantizar la imparcialidad judicial, impide que se efectúe un control material sobre la acusación en tanto el legislador no previó esa posibilidad.

La jurisprudencia de la Sala señala sobre dicha temática que *«en un esquema adversarial, donde la Fiscalía ostenta la calidad de parte que presenta una hipótesis incriminatoria, al juez le está vedado examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica). De permitirse una tal supervisión judicial, la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular “teoría del caso” (CSJ SP 16 jul. 2014, rad. 40.871). De igual modo resultaría afectada la imparcialidad exigible a quien únicamente tiene que juzgar el asunto, según los planteamientos del acusador. Solo a la Fiscalía compete la determinación del nomen iuris de la imputación (CSJ SP 6 feb. 2013, rad. 39.892)»* (CSJ SP 8666-2017).

Si el acuerdo respeta las garantías fundamentales de los intervinientes, en consecuencia, el juez no está facultado para dictar sentencia bajo una calificación jurídica distinta a la fijada por la Fiscalía y admitida por el acusado.

En este caso, con todo, el problema jurídico planteado por el demandante no involucra el control material del preacuerdo sino la interpretación de sus cláusulas, en la medida de que a partir de unos mismos enunciados la defensa y la Fiscalía presentan interpretaciones diversas que han recibido soluciones distintas en las instancias, dada la vaguedad de las expresiones utilizadas para plasmar el convenio. En ese contexto, la Sala orientará su actuar a desentrañar el verdadero sentido de lo pactado por las partes al suscribir el acuerdo.

3. Pues bien, para determinar si el error denunciado tuvo ocurrencia se debe contrastar el acta que contiene los términos del preacuerdo con la sentencia a efectos de establecer si la última desborda los parámetros de la primera, en tanto aquélla constituye su marco de referencia y límite. En tal sentido, la Fiscalía y el procesado acordaron que *«el imputado JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA acepta y se declara culpable como autor del punible de concierto para delinquir agravado, artículo 340 inciso 2º del C.P.»*.

Y que *«en virtud de la aceptación de culpabilidad realizada por el señor JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA, conforme a lo previsto en el inciso segundo numeral 1º del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía retirará de la acusación la causal de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal y por tanto para tasar la pena se tendrá la prevista para el punible de concierto para delinquir, partiéndose del mínimo previsto*

en el inciso primero de la norma en cita, esto en 48 meses, la cual será la pena a imponer al señor TOBÓN ORTEGA».

A pesar de las diversas interpretaciones dadas a las anteriores cláusulas, es lo cierto que en el acta de preacuerdo se consignó que JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA se declaraba culpable del delito de concierto para delinquir agravado previsto por el artículo 340 inciso 2° del Código Penal.

A cambio, la Fiscalía se comprometió a retirar de la acusación *«la causal de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal y por tanto para tasar la pena se tendrá la prevista para el punible de concierto para delinquir, partiéndose del mínimo previsto en el inciso primero de la norma en cita, esto en 48 meses».*

El aparte transcrito ciertamente señala que el retiro de la agravación por parte de la Fiscalía obedeció a la necesidad de cumplir con la finalidad de garantizarle al acusado la pena de 48 meses de prisión acordada, que es precisamente la mínima prevista para la modalidad simple de ese punible contra la seguridad pública.

La defensa no puede aducir, por tanto, que la sentencia demandada en casación desconoció los términos consignados en el acta de preacuerdo, pues se ajusta plenamente a las condiciones plasmadas en ese documento.

Aún más, contrario a lo señalado por el demandante, cuando el juez de conocimiento solicitó claridad sobre lo

pactado, el fiscal insistió en que *«la consecuencia jurídica es del 50% efectivamente, pero tal como lo leyó el defensor, la cláusula que quedó es esa. En virtud de la aceptación de culpabilidad realizada por JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA, y conforme a lo previsto en el numeral 1º del artículo 350, la Fiscalía retira la causal de agravación del inciso segundo, partiéndose del mínimo previsto en el inciso primero de la norma en cita , esto es, 48 meses»*, con lo cual ratificó que lo acordado fue lo consignado en el acta correspondiente y que el retiro de la agravación se hizo para efectos de tasar la pena.

Más adelante, incluso, al oponerse a la solicitud del subrogado de suspensión de la ejecución de la pena invocado por la defensa, el funcionario indicó que *«en virtud de la degradación que se hizo de rebajar la conducta no se desnaturaliza la conducta como tal sino lo que se busca es un beneficio punitivo, no un beneficio adicional como el subrogado que está solicitando el señor defensor. Porque si bien la pena imponible es la del inciso primero no quiere decirse que la conducta haya dejado de llamarse como se llama, es decir concierto para delinquir agravado y, por tanto, la fiscalía considera que existe la prohibición legal para conceder el subrogado»*.

Por si fuera poco, el fundamento normativo ofrecido para sustentar el acuerdo se ubicó en el numeral 1º del inciso segundo del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, que permite eliminar *«alguna causal de agravación o algún cargo»*, como ocurrió en este caso, en el que para

efectos de tasar la pena se prescindió de la modalidad agravada del concierto para delinquir.

No se fundó la aceptación de cargos, por tanto, en el numeral 2º del citado precepto, en virtud del cual resulta posible tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, como hubiera podido hacerse si se hubiese pactado que el procesado aceptaba su responsabilidad y se declaraba culpable del delito de concierto para delinquir simple del inciso primero del artículo 340 del Código Penal y que dicho cambio de tipificación constituía el único beneficio recibido como consecuencia del preacuerdo.

JORGE LUIS TOBÓN ORTEGA suscribió el acta de preacuerdo en la que aceptó declararse culpable del delito de concierto para delinquir agravado, lo que comporta consecuencias jurídicas diferentes a aceptar responsabilidad en la modalidad simple de ese delito. Entre ellas, que no es posible acceder al subrogado del artículo 63 del Código Penal, relativo a la suspensión de la ejecución de la pena, por expresa prohibición del artículo 68A del mismo estatuto.

Siendo ello así, los cargos propuestos en la demanda carecen de fundamento como quiera que el Tribunal no aplicó indebidamente los artículos 340 inciso segundo y 68 A del Código Penal, pues eran los preceptos llamados a regular el caso, con mayor razón cuando la imputación fáctica que soporta el cargo se ajusta a la modalidad agravada del delito,

por cuanto la organización delictiva que conformó tenía como objetivo el tráfico de estupefacientes.

No se casará, por lo visto, la sentencia objeto de impugnación.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 18 de diciembre de 2015.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria