



Bogotá, Agosto 9 de 2021

Honorable Magistrada

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Sala Penal

Corte Suprema de Justicia

Magistrada Ponente

Referencia: Radicado 59444

Procesado: ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCIA

Delito: Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes.

JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ, Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en el término consagrado por el artículo 184 de la ley 906 de 2004, presento mis alegaciones para que sean tenidas en cuenta al momento de resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado.

LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Según las narraciones de la acusación y las sentencias de primera y segunda instancia los hechos ocurrieron en Cali, en la comuna Cuatro, específicamente en los barrios Camilo Torres, Olaya Herrera y la Isla entre los últimos meses de 2018 y los primeros de 2019, cuando varias personas se concertaron con la finalidad de comercializar sustancias estupefacientes, la organización era conocida como "los Isleños" y de ella hacía parte el ciudadano ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCIA, a quien se le conocía con el alias de "OJÓN".

Como hechos específicos de comercialización SALDAÑA GARCÍA vendió base de cocaína en las siguientes fechas: El 7 de diciembre de 2018 (0.3 gramos), el 26 de enero de 2019 (0.2 gramos), el 29 de enero de 2019 (0.3 gramos) y el 4 de febrero de 2019 (0.3 gramos), todas estas ventas se hicieron en el barrio Camilo Torres de Cali.

ANTECEDENTES PROCESALES QUE RESULTAN RELEVANTES PARA DAR SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO QUE PROPONE LA DEMANDA

- 1.** El 30 de abril de 2019 la Fiscalía presentó imputación por el delito de Concierto para delinquir agravado de acuerdo con el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal, en concurso con cuatro eventos de tráfico de estupefacientes.
- 2.** Se presentó preacuerdo en el que como único beneficio se eliminó el agravante específico del delito de concierto para delinquir (dejando la conducta como concierto para delinquir simple), manteniendo el resto de las conductas punibles.
- 3.** Como **parte del preacuerdo** se “fijó la pena” en 49 meses de prisión, indicándose que se partió del mínimo del delito de concierto para delinquir simple, adicionando un mes por el concurso de delitos de tráfico de estupefacientes, sin lugar a ningún beneficio.
- 4.** El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cali, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019 aprobó el preacuerdo considerando que (i) el grado de conocimiento era el adecuado frente a la existencia de la conducta y la responsabilidad, (ii) se cumplía con los requisitos de la tipicidad, (iii) la pena es legal y por ello lo declaró penalmente responsable del delito de concierto para delinquir simple en concurso con tráfico de estupefacientes.
- 5.** El agente del Ministerio Público inconforme con la decisión presentó recurso de apelación, basado en que consideraba que la fijación de la pena que contenía el preacuerdo violaba el principio de legalidad de las penas, lo que de contera se había constituido en un doble beneficio.

6. Las razones en las que fundamentó su afirmación fueron que: (i) al momento del preacuerdo la Fiscalía desconoció la regla establecida en el artículo 31 ya que el delito más grave es el tráfico de estupefacientes en tanto que su pena mínima es de 64 meses, y no el concierto para delinquir simple cuya pena mínima es 48 meses, (ii) un mes por los tres delitos de venta de estupefacientes no consulta el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas.
7. El 11 de diciembre de 2020 el Tribunal Superior de Cali negó la solicitud de nulidad, al considerar que el preacuerdo es un acto procesal pos-delictual que no altera los extremos punitivos y por eso el considerar que el delito que atenta contra la seguridad pública es el más grave habiéndose con ello acertado en su escogencia como delito. La aclaración del voto por uno de los integrantes de la sala plantea un problema adicional relacionado con que la aprobación del preacuerdo no fue objeto de recurso lo que permitió que cobrara ejecutoria, lo que implica que cualquier consideración sobre la sentencia viola derechos y garantías fundamentales.
8. El 9 de marzo de 2021 la representación del Ministerio Público presentó demanda de casación con un único cargo, basado en la causal segunda del artículo 181 del C de P.P, por violación al principio de legalidad de las penas, la factualidad de la que se extrae esta afirmación tiene dos hechos (i) el delito más grave es el tráfico de estupefacientes, (ii) treinta días de prisión adicionales por el concurso de los cuatro tráficos de estupefacientes es un ejercicio desbordado de la discrecionalidad reglada, por lo que la nulidad se consideraba el mejor remedio.

ANTECEDENTES DE INTERVENCIÓN

Como se indicó de manera precedente el Ministerio Público presentó demanda amparada en la causal segunda del artículo 181 del C. de P.P., a partir del desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación a las garantías debidas, al vulnerar el principio de la legalidad de las penas.

Por lo anterior esta intervención resolverá el problema jurídico planteado por el casacionista que no es otro diferente al siguiente: ¿La forma en la que la Fiscalía y

la defensa acordaron la pena viola el principio de legalidad de las penas?, de ser afirmativa la respuesta a este interrogante debe resolverse en favor de quién debe ceder al balance constitucional entre la declaratoria de nulidad y la protección de los derechos que se consideran violados.

ARGUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN

CALIFICACIÓN JURÍDICA SOBRE LA QUE APARECE LA CONDENA

La forma en la que la Fiscalía y la defensa acordaron obliga a los operadores judiciales a realizar una ficción jurídica que debe decirse no aparece reflejada en la sentencia condenatoria, con lo que se desconoce una de las reglas que la Jurisprudencia de este máximo Tribunal ha trazado en materia de preacuerdos y que ha venido siendo pacífica, ello es que el señor SALDAÑA GARCÍA debió ser declarado penalmente responsable del delito real cometido.

En otras palabras, si es autor del delito de Concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo, con un concurso homogéneo de delitos de tráfico de estupefacientes y la pena impuesta corresponde a la ficción derivada del acuerdo, que en este caso retira el agravante al delito y lo deja como simple, la declaratoria de responsabilidad **no puede ser por el delito ficción**, sino por el realmente cometido, siendo esta la primera situación que consideramos desconoce las reglas jurisprudenciales y deberá ser objeto de revisión al momento de resolver la demanda.

EL PREACUERDO COMO UNA CIRCUNSTANCIA POSDELICTUAL AL MOMENTO DE FIJAR LA PENA

No es necesario realizar un ejercicio muy amplio y profundo sobre cuál era el delito con pena más grave, pues la simple comparación a que invita la demanda en la que

están debidamente registrados los mínimos de la pena permite concluir que son mayores los 64 meses de prisión del tráfico de estupefacientes que los 48 del concierto para delinquir simple. Pero no es esta lo único situación a considerar, no hay discusión alguna con la regla que tiene el legislador en materia de fijación de pena cuando se trata de concurso de conductas punibles (artículo 31 del Código Penal) que indica que está sometida a la “pena más grave según su naturaleza”, y que uno de los criterios para la gravedad, no el único, es la comparación de las penas correspondientes.

Es por eso que en un determinado caso el delito más grave no sea el de la pena más alta, porque se tengan en cuenta otra serie de circunstancias como el mayor daño, si se trata de delitos de peligro o de resultado, la mayor o menor afectación al bien jurídico, entre otros, sin embargo, hace parte del ejercicio propio de la razonabilidad en la toma de las decisiones que este tipo de asuntos queden lo suficientemente explicados. En este caso debe indicarse que ni el preacuerdo, ni la decisión de primera instancia cumplen con este cometido, y la de segunda instancia hace referencia al bien jurídico tutelado, lo que resulta razonable si se tiene en cuenta la forma en la que se ejecutaron las ventas de estupefacientes, el tipo de sustancia, su cantidad, el *modus operandi*, por lo cual es posible que en la valoración lo que tenía un mayor desvalor de acción era la pertenencia a la organización criminal.

Consideramos que hay un error en las razones de confirmación de la legalidad de la pena, cuando denomina al preacuerdo “una circunstancia posdelictual”, la fijación de la pena en los preacuerdos es incluso un asunto opcional, hay preacuerdos en los que la sanción se deja a la discrecionalidad reglada del juez, quien debe basarse en la forma en la que se acordó jurídicamente, ya sea por el retiro de un delito, o como en este caso la supresión de un agravante específico o por una disminución específica de la pena, no se trata entonces de una circunstancia posdelictual para las rebajas, es la consecuencia por los cambios jurídicos.

Ha sido claro este Honorable Tribunal cuando dispone que en los preacuerdos se opte por la fijación de la pena esta no se convierte en un beneficio adicional, no se tienen en cuenta los cuartos porque así lo dispuso el legislador, pero al momento de fijarla se debe cumplir con los requisitos de legalidad de la pena.

Si como en este caso, se acuerda la pena, esta no podía desconocer ninguna de las reglas procesales para su fijación y hasta este punto tendría que indicarse que el preacuerdo escogió partir del delito de concierto para delinquir simple, sin explicar por qué se parte de una pena de 16 meses menor a la de las otras cuatro conductas concursales acordadas, pero no es abiertamente ilegal como lo cataloga la demanda, ni se puede tener como un beneficio adicional, pues como ya se mencionó se puede tener en cuenta otra serie de circunstancias como el mayor daño, que en este caso fue pertenecer a una organización y no la cantidad de las ventas, que al final sumaron 1.1 gramos de base de cocaína.

El otro tanto fijado en un mes no consideramos que obedezca a un ejercicio desbordado, o que no consulte criterios de aprestigiamiento en la administración de justicia, porque se desconocerían todos los balances que el ente investigador realiza al momento de presentar los acuerdos como forma anticipada de terminación de las investigaciones, evaluaciones y valoraciones que no siempre quedan plasmadas en el registro del acta, pero que en todo caso impactan para el acuerdo, aspectos como la cantidad y complejidad de pruebas que deben ser presentadas, los riesgos procesales con la admisión y valoración de las mismas, todo aquello que se ha conocido como el desgaste en la administración de justicia, a lo que se le suma el comportamiento procesal del acusado, si colaboró de alguna manera con otros casos como cuando se aplica de la mano del principio de oportunidad, por eso no puede catalogarse como un ejercicio irrazonable, pero debemos decirlo, lo deseable sería que este tipo de consideraciones quedaran registradas en el acta de preacuerdo o en la presentación del mismo ante el Juez.

La primera conclusión a la que debe arribarse es que la propuesta de pena que brinda la demanda de casación cumple las reglas de legalidad, pero también lo hace el preacuerdo, solo que no se explicaron las razones de la escogencia, sin que para el caso particular, se reitera, pueda catalogarse como violador del principio de legalidad de las penas, que por el contrario se ve respetado e incluso lo refleja el no otorgamiento de beneficios por prohibición del artículo 68 A del C.P., en el que no se incluye el Concierto para delinquir simple, pero sí el agravado.

Ahora bien, si en gracia de discusión se considerara por la Sala que el no explicar las razones por las que se escogió el delito dejaría como única posibilidad el criterio objetivo de la pena y que los 16 meses adicionales debieron sumarse a la pena preacordada, hay un segundo problema jurídico que debe resolver la Corte y es si **una sentencia de remplazo o incluso la nulidad son el remedio** para darle solución al planteamiento puesto a consideración por la Procuraduría. Para responder este punto debe considerarse (i) la legitimación para interponer el recurso y (ii) la imposibilidad de la reforma en peor en tratándose de apelantes únicos.

LA LEGITIMACIÓN DE LA PROCURADURÍA PARA INTERPONER EL RECURSO

Cuando el preacuerdo se pone en consideración del Juzgado Penal del Circuito especializado de Cali, contando con la fijación de la pena como uno de los puntos acordados, se aprobó por la señora Juez de conocimiento, sólo que en la audiencia, aunque fue citado no se hizo presente el agente del ministerio público y por ello es que sólo después de emitida la sentencia condenatoria que se interpuso el recurso se conoció su consideración en torno a la pena, pero el ciudadano con el que se había llegado al acuerdo ya había tenido el aval de un Juez que consideró la pena legalmente fijada, posterior a ello el Tribunal Superior de Cali luego de estudiar el caso consideró que la pena no es violatoria del principio de legalidad.

La Procuraduría con la demanda busca que nuevamente se revise la pena, más allá de haber dejado pasar el momento procesal que tenía para ello, y es que deberá recordarse que como lo planteó en su salvamento de voto uno de los magistrados del Tribunal el momento para interponer el recurso no era la sentencia, era frente al auto que aprobó el preacuerdo, la ejecutoria de este auto hizo que el preacuerdo cobrara vigencia y los temas de apelación en las sentencias producto de preacuerdo se circunscriben a razones tan puntuales como la concesión de recursos, o la pena cuando no fue objeto de preacuerdo, así que la **legitimación para presentar el recurso** es otro de los asuntos que debe abordar la sala, ya que en sentir de este delegado como lo propone el magistrado la decisión que contenía la fijación de la pena ya había cobrado ejecutoria y tanto la apelación como la demanda de casación se han utilizado para revivir un momento que por la preclusividad de los actos estaba vencido.

EL PRINCIPIO DE LA REFORMA EN PEOR "*REFORMATIO IN PEIUS*" y LA SEGURIDAD JURÍDICA

El derecho garantía que aquí se expone en principio está creado para proteger a quien en ejercicio de su derecho de defensa como apelante único presenta el recurso, limitando al juez y prohibiéndole a éste agravar su situación, el problema jurídico que se plantea es si ello se extiende a no agravar la situación del procesado cuando el apelante único es otro sujeto procesal o interviniente especial como en este caso, teniendo en cuenta que el punto de debate está relacionado con la pena acordada y aprobada por el juez de primera y segunda instancia, ya que lo que a la postre lo que protege la *reformatio in peius* es el derecho de defensa que en este caso esta limitado para el procesado SALDAÑA GARCIA, quien confiando en la administración de justicia renunció a parte de sus derechos para de manera anticipada dar por terminado su proceso, conociendo de manera anticipada la pena y las condiciones en las que la misma sería purgada, y por vía de casación se le indicaría que un error o una imprecisión al momento de escoger el delito base de fijación de la pena haría su ésta 16 meses más grave de lo inicialmente señalado, con las consecuencias materiales y procesales que este ajuste punitivo conlleva.



SOLICITUD

Esta tensión de derechos, se sugiere debe resolverse en favor de la protección de los derechos del procesado, y por ello, debiéndose consignar en la decisión, aquellos errores en los que se incurrió por los diferentes intervinientes, y que incluso se pusieron de presente a lo largo de la intervención, con lo que se cumpliría uno de los objetivos que el mismo demandante alude en su escrito y es la función pedagógica de que la doctrina de la Corte tiene para aquellos que participamos desde los diferentes roles en la administración de justicia.

A partir de las anteriores argumentaciones y considerando que son suficientes, este Delegado solicita a la Corte no se case y en consecuencia, se mantenga la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Superior de Cali.



JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ

Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia