



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 10 de agosto de 2021

Honorable Magistrada
Dra. PATRICIA SALAZAR CUELLAR
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.

Ref. Casación proceso No. 59.444
Procesado: Elking Eduardo Saldaña García
Delito: Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes, me permito emitir concepto de sustentación de alegatos, dentro de la demanda de casación interpuesta por el Procurador Judicial 62 Penal, contra la sentencia del 11 de diciembre de 2020, proferida por el Tribunal Superior de Cali, mediante la cual confirmó el fallo del Juez 2 Penal del Circuito Especializado, del 13 de diciembre de 2019, que condenó al procesado ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA, por los delitos de Concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes.¹

1. SOBRE LOS HECHOS

Los hechos fueron resumidos por el Tribunal Superior de Cali, del siguiente tenor literal:²

“Gracias a labores de investigación desplegadas por la Fiscalía General de la Nación, se pudo establecer la existencia de un grupo de personas dedicadas a la venta de estupefacientes en las vías públicas de los barrios Camilo Torres, Olaya Herrera y la Isla.

Estas personas se hacían conocer en el sector con el nombre de “Los isleños”, de la cual hacían parte 24 personas, entre ellos el señor Elkin Eduardo Saldaña García, alias “El ojón”, quien fue sorprendido por un agente encubierto mientras se efectuaba la venta de sustancia estupefaciente, durante los días 7 de diciembre de 2018, 26 y 29 de enero de 2019 y 4 de febrero de 2019, en inmediaciones del barrio Camilo Torres de Cali.”

2. DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente formuló los siguientes cargos contra la sentencia del Tribunal de Cali, sobre el cual se ocupará esta Agencia del Ministerio Público en los alegatos correspondientes, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. 020 de 2020.

2.1. CARGO ÚNICO: Nulidad

¹ Fís. 2 y 3 fallo del ad quem.

² Fl. 1 fallo del Tribunal.



Con cimiento en la causal segunda de casación del artículo 181 del C.P.P., el demandante censuró la sentencia del Tribunal de Cundinamarca, por cuanto el preacuerdo celebrado con la Fiscalía no respetó las reglas de dosificación en los casos de concurso de delitos, así: *"En virtud del Preacuerdo se "eliminó de la acusación la causal específica de agravación del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR". Como consecuencia de lo anterior, las partes al dosificar la pena partieron de la pena mínima del CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE, esto es 48 meses de prisión, y adicionaron 1 mes de prisión y 2 SMLMV de multa por los punibles EN CONCURSO HOMOGÉNEO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (Art. 376, inciso 2° del CP), que corresponde a la pena por la que finalmente es condenado el Sr. ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA, previa aprobación del pacto por el Juez de conocimiento".*³

Adujo, que el fallo no verificó la forma correcta de realizar la dosificación punitiva en los casos de concurso de delitos: *"lo cual a la postre entraña una serie de beneficios en favor del procesado que puede entrañar el ejercicio desbordado de la "Discrecionalidad Reglada" que ostenta la Fiscalía General de la Nación, al tiempo de concurrir a la celebración de preacuerdos."*⁴

Aseveró que el Tribunal efectuó una errónea aplicación de los precedentes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, por ello: *"Si bien el fallo de segunda instancia indica que la decisión del a quo es correcta, lo hace a partir de una errónea aplicación de precedentes de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, esto lo sustenta en el hecho de que los fenómenos post delictuales (como los preacuerdo) se aplican sólo cuando se ha dosificado completamente la pena y, en tal sentido, era viable considerar que el Concierto Para delinquir Agravado si era base para efectos de tasar la pena. Sin embargo, el precedente que cita no tiene aplicación al caso de autos en tanto resuelve lo concerniente a la rebaja por reparación reglada en el art. 269 del CP (CSJSP, 26 de junio del O 2013, Rad. 40234) y, además, porque el preacuerdo en este caso (aunque sin base fáctica) se lo hizo consistir en que el condenado se declarara culpable por el delito preacordado, es decir que la negociación implicó ser condenado por una tipicidad novedosa de CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE".*⁵

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: No Casar la sentencia del Tribunal de Cali, del 11 de diciembre de 2020

3.1. AL CARGO ÚNICO: Nulidad

3.1.1. El demandante censuró la sentencia del Tribunal, por vulneración del debido proceso, pues en su criterio: *"El preacuerdo celebrado con la Fiscalía no respetó las reglas de dosificación en los casos de concurso de delitos".*⁶

3.1.2. Señaló el censor, que el fallo del ad quem no verificó la forma correcta de realizar la dosificación punitiva en los casos de concurso de delitos, conforme al artículo 31 del C.P, y además efectuó una errónea aplicación de los precedentes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema debatido.

3.1.3. Al respecto, esta Agencia del Ministerio Público, se permite destacar que la demanda, en efecto, parte de una apreciación equivocada de la norma en cita, pues hay que tener presente, según lo decantó el fallo de segunda instancia, que el

³ Fl. 7 de la demanda de casación.

⁴ Fls. 8 y 9 de la demanda.

⁵ Fl. 19 de la demanda.

⁶ Fls. 17 y 18 de la demanda de casación.

procesado, **ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA**, fue condenado por los delitos de concierto para delinquir y de tráfico y porte de estupefacientes, en virtud de aceptar su responsabilidad a través del preacuerdo a que se llegó con el ente fiscal.⁷ *“En razón de lo anterior, se tiene que tal como se ha planteado, referidos a los términos del preacuerdo, estos consistieron en partir de los delitos que han sido imputados al señor Saldaña García, esto es, Concierto para delinquir agravado conforme el art. 340 inciso 2° del CP, que prevé una sanción de 96 a 216 meses y el punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de acuerdo al artículo 376 inciso 2°, que conlleva una sanción de 64 a 108 meses.”*

3.1.4. Sin embargo, el juez colegiado precisó que el referido acuerdo consistió en eliminar el agravante para el delito de concierto para delinquir, para considerarlo en su modalidad simple, luego, la pena para este punible oscilaba entre 48 a 108 meses de prisión.⁸

“El acuerdo consistió en la eliminación del agravante para el delito de concierto para delinquir, para considerarlo en su modalidad simple, luego, la pena para este punible oscila entre 48 a 108 meses de prisión, dejando incólume el punible atentatorio contra la salud pública, considerando entonces que la pena oscila entre 64 a 108 meses de prisión.”

3.1.5. Es decir, con la decisión del Tribunal, se verificó que, en efecto, el acuerdo pactado entre las partes, partía de considerar el delito de concierto para delinquir en su extremo mínimo (48 meses de prisión), el cual sería incrementado hasta en otro tanto (en un mes), por el delito concursante, (tráfico de estupefacientes), lo que arrojó una pena final a imponer de 49 meses de prisión.⁹

“Seguidamente, se tiene que el referido acuerdo, al momento de establecer el monto de pena a acordar, se decidió partir del delito de Concierto para delinquir en su extremo mínimo, esto es, 48 meses de prisión, a lo cual se incrementa hasta en otro tanto, por el delito O concursante, es decir, el Tráfico de estupefacientes, en 1 mes más, lo que arrojó una pena a imponer de 49 meses de prisión.”

3.1.6. En este contexto, es preciso señalar que conforme con la preceptiva del artículo 31 del C.P., que determina las reglas que operan frente a la cuantificación de la pena en los eventos de concurso de conductas punibles, el cual se estructura cuando con una sola acción u omisión o varias acciones u omisiones, se infringen varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición. Según esta norma, el acusado quedará sometido a la sanción que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que corresponden a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.¹⁰

3.1.7. Adicionalmente, la sentencia del ad quem destacó que, en virtud del preacuerdo celebrado, el procesado aceptó los cargos formulados en la acusación

⁷ Fl. 6 del fallo del ad quem.

⁸ Fl. 6 fallo del Tribunal.

⁹ Fl. idem.

¹⁰ARTICULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

PARAGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.



por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes y a cambio, se pactó la eliminación de la causal de agravación para el delito de concierto para delinquir:¹¹

“Remitidos al caso de estudio, encontramos que la acusación de la fiscalía se formuló por los delitos de Concierto para delinquir agravado y Tráfico de estupefacientes, cargos que aceptó el procesado a través de un preacuerdo, a partir del cual se negoció la eliminación de la causal de agravación para el delito de concierto para delinquir.”

3.1.8. La censura no comparte la dosificación punitiva efectuada por el fallo de instancia e invoca la vulneración del artículo 31 del C.P., pero pareciera no comprender que, cabalmente, el preacuerdo consistió en descartar la causal de agravación para el delito de concierto para delinquir en el concurso de conductas punibles, pues el Tribunal verificó de manera diáfana que el juez de primer grado partió del delito base de concierto para delinquir, eliminando el agravante en razón del preacuerdo, por lo que la pena a imponer fue de 48 meses de prisión por este delito, incrementado en un mes por el tráfico de estupefacientes:¹²

“Respecto de la dosificación punitiva, procedió el Juzgador de instancia, a aplicar los términos preacordados, sin efectuar una dosificación individual de cada conducta; en razón a ello, tomó el Juzgador como delito base el concierto para delinquir, eliminado el agravante en razón del preacuerdo, por lo que la pena a imponer fue de 48 meses de prisión por este delito, incrementado un tanto de 1 mes por el tráfico de estupefacientes.”

3.1.9. En efecto, examinado el preacuerdo no deja margen de duda, en que por razón de dicho pacto, el procesado respondería penalmente por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en concurso homogéneo, a cambio de que se tuviera el punible de concierto para delinquir como simple, lo que como consecuencia, imponía al juez a tener la pena correspondiente, esto es, de 48 a 108 meses de prisión:¹³

“En uso de dicha facultad, informó que el señor ELKIN EDUARDO SALDAÑA GARCÍA aceptó su culpabilidad en relación con los delitos de Concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso homogéneo, a cambio de que en su condición de titular de la acción penal le elimine el agravante punitivo del delito de Concierto para Delinquir, el cual en virtud del preacuerdo se entenderá como Concierto para Delinquir simple”.

3.10. Por esto, el fallo del a quo indicó que, teniendo en cuenta el considerable monto de la pena que comportaban los delitos imputados y al aceptar el acusado su culpabilidad en los mismos, era muy atractivo el ofrecimiento efectuado por parte de la Fiscalía, con ocasión del preacuerdo pactado entre las partes:¹⁴

“Bajo este panorama realmente ha sido sensata la postura de ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA al aceptar su culpabilidad, teniendo en cuenta el considerable monto de la pena que comportan los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO HOMOGÉNEO, por los que está llamado a responder penalmente, la cual se ve notablemente morigerada ante el atractivo ofrecimiento de la Fiscalía, con ocasión del preacuerdo.”

¹¹ Fl. 7 fallo de segundo grado.

¹² Fl. 7 fallo de segundo grado.

¹³ Fls. 1 y 2 del Acta de audiencia de control de legalidad del preacuerdo.

¹⁴ Fl. 8 fallo del a quo.

3.11. Ante esa determinación, el fallo de primera instancia declaró ajustado a la ley el acuerdo a que llegaron los sujetos procesales interesados e impuso como sanción definitiva, la pena de 49 meses de prisión, al ser declarado penalmente responsable, en la categoría de concurso homogéneo, de los delitos de concierto para delinquir simple y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes:¹⁵

“Así las cosas, al haber aceptado los planteamientos de la defensa y la Fiscalía, declarando legal el acuerdo a que llegaron los sujetos procesales interesados, solo resta reafirmar que la sanción definitiva que se impondrá a ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA será la de CUARENTA Y NUEVE (49) MESES DE PRISIÓN y MULTA EQUIVALENTE A DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES al hallarlo penalmente responsable de los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE y TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO HOMOGÉNEO.”

3.12. Por su parte, el fallo del Tribunal, destacó también que no le asistía razón al apelante, cuando estimaba que era el punible de tráfico de estupefacientes el que se debía considerar como delito base, toda vez que ello se logró con fundamento en el preacuerdo celebrado con la Fiscalía:¹⁶

“Ahora, entiende la Sala que el cuestionamiento del Ministerio Público surge de la consideración de que eliminado el agravante del concierto para delinquir, tiene prevista una pena mínima de 48 meses, postura a partir de la cual considera que es el tráfico de estupefacientes el delito base, descuida sin embargo el impugnante considerar que el preacuerdo es un acto procesal, post delictual, cuya consecuencia no es otra que establecer una rebaja de pena ante la aceptación de cargos, sin capacidad en modo alguno de altera fenomenológicamente la conducta que traducida al ordenamiento jurídico penal estructura el ilícito, un fenómeno que entonces no altera los extremos punitivos para individualizar la pena.”

3.13. Además, expresó el fallo de segundo grado, que era acertado el proceso de dosificación punitiva efectuado por el juez de primera instancia, pues se cumplió con las exigencias ordenadas por el artículo 31 del C.P., ya que la pena prevista para el delito de concierto para delinquir fue incrementada de manera proporcional y razonable en un mes, por cuenta del concurso con el hecho punible de tráfico de estupefacientes:¹⁷

“Bajo tal análisis, a juicio de la Sala resulta acertado el proceso de dosificación punitiva de la primera instancia, en la medida que a los 48 meses previstos para el delito de Concierto para delinquir, incrementó de manera proporcional y razonable, 1 mes por el concurso con el Tráfico de Estupefacientes.”

3.14. En relación con la dosificación de la pena, la Corte Suprema de Justicia, en el proceso con Radicación No. 47.675, ha indicado los siguientes aspectos importantes a tener en cuenta, sobre la dosificación punitiva producto de un preacuerdo, en el concurso de delitos:¹⁸

“Con lo anterior se evidencia que el Tribunal al revisar la dosificación de la pena impuesta por el a quo y mantener el monto de la misma en 193 meses de prisión no vulneró los supuestos de la prohibición de la reformatio in peius ni de la justa proporción aplicada al hacer las correcciones de los errores cometidos por la

¹⁵ Fl. 8 fallo de primera instancia.

¹⁶ Fl. 9 fallo del ad quem.

¹⁷ Fls. 9 y 10 sentencia del Tribunal.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de febrero de 2019. Radicación No. 47.675. M.P. Eugenio Fernández Carlier.



primera instancia, desaciertos que consistieron en el orden a aplicar el tipo amplificador de la complicidad y no haber individualizado para cada delito la pena, lo que no alteró finalmente el guarismo que correspondía imponer por los delitos que fue declarado responsable ALZATE SALDARRIAGA.

Por eso la misma cifra del a quo y que fijó el Tribunal tras la redosificación de la pena, se muestra ajustada a la legalidad, por cuanto no se desconoció el beneficio pactado para RINCÓN BERNAL, ni sobrepasó la suma aritmética de las tres conductas individualmente consideradas, ni superó el otro tanto de la fijada para el delito base, ni el límite máximo permitido para el concurso de delitos.

Si bien como lo denuncia el libelista y lo avalan los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público hay deficiencias en la fundamentación del aumento punitivo por razón del concurso, la misma no constituye per se motivo de nulidad, toda vez que no se advierte que se haya impedido el entendimiento del sentido de la decisión.

Nótese que el Tribunal una vez seleccionados los cuartos de movilidad para cada uno de los ilícitos, sopesando la afectación que a los mismos les hacía los amplificadores del tipo por tentativa y complicidad, se ubicó para efectos de su individualización en el primer cuarto conforme con lo previsto en el artículo 61 del Código Penal, incluso consideró la rebaja por indemnización de perjuicios para el ilícito de carácter patrimonial, escogiendo adecuadamente como delito de mayor gravedad el de porte ilegal de armas de fuego, tras lo cual aplicó las reglas del concurso delictual contempladas en el artículo 31 del mismo ordenamiento sustantivo para aumentar 75 meses por el delito contra la vida y 10 por el del patrimonio económico.

La decisión de incrementar la pena del delito base para imponer un total de 193 meses de prisión, no se advierte contraria a la normatividad, ni tampoco se avizora caprichoso el ejercicio del poder discrecional en ello, pues la suma de cada una de las penas no sería superior al incremento aplicado por razón del concurso, de ahí que los principios de legalidad y proporcionalidad en el proceso sancionatorio no resultaron alterados.”

3.15. En esta dirección, es necesario precisar por parte de esta Agencia del Ministerio Público, que el Tribunal no incurrió en el yerro alegado por la censura, pues la dosificación impuesta por el a quo, acató los principios de legalidad y proporcionalidad en el proceso sancionatorio y, además, el mismo fue producto del acuerdo a que llegaron los sujetos procesales interesados (Fiscalía y acusado), el cual fue examinado y aceptado en legal forma por el juez de conocimiento, al cumplirse con los requisitos legales definidos en el artículo 293 del C.P.P., pues al aceptar su responsabilidad en el concurso de delitos de concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, la cuantificación impuesta al censurado **SALDAÑA GARCÍA**, no varió los lineamientos consagrados en la ley para dosificar la pena que finalmente le fue impuesta:¹⁹

“Siendo así las cosas, queda claro para la Sala que al partir de la consideración que la adecuación típica realizada por la fiscalía, permite establecer que el procesado es responsable del delito de Concierto para delinquir agravado y que fue solo a partir de un fenómeno post delictual, esto es, el preacuerdo, que se consideró la imposición de la pena establecida para el delito en su modalidad simple, ello per se, no varía los lineamientos consagrado en la ley para dosificar la pena, por el contrario, confirma que el delito base es el que atenta contra la seguridad pública, tal como acertadamente se consideró en primera instancia.”

¹⁹ Fl. 10 providencia del Tribunal.

3.16. Por todo esto, se ofrece traslúcido, conforme lo decidió el juez de segundo grado, que no se desbordó el límite demarcado por las normas pertinentes, pues se rotuló además, que se respetaron los lineamientos básicos para la dosificación punitiva, para proceder a declarar la responsabilidad del encartado en los delitos de concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes e imponer la condena impuesta, en acatamiento a lo pactado en el preacuerdo celebrado y en observancia además, de los aspectos de ponderación decantados en el inciso 3° del artículo 61 del C.P. y por todo ello el cargo propuesto no deberá prosperar.²⁰

“Bajo tal consideración, encuentra la Sala que no concurre ninguna causal de anulación, en la medida en que se respetaron los lineamientos básicos para la dosificación punitiva, por lo que no habrá lugar a acceder a la solicitud del apelante. Por lo analizado se confirmará integralmente la sentencia, en los términos que se han reseñado.”

3.17. De todo lo anterior, se denota que la instancia de conocimiento, si bien tomó como pena base la prevista para el concierto para delinquir agravado, consideró de suma gravedad el comportamiento general del procesado, desarrollando el discurso desde su participación en la organización delictiva conocida como “Los Isleños”, en que fueron identificados la mayoría de sus miembros, dentro de ellos el procesado **SALDAÑA GARCÍA**, respecto de quien se estableció que cumplía funciones de expendedor de sustancias estupefacientes, particularmente cocaína, pero ante la aceptación de su responsabilidad en los delitos materia de acusación, se eliminó de la misma la causal específica de agravación de dicho delito y por ello se partió desde el hito mínimo previsto en el artículo 340 del C.P.:²¹

“Teniendo como referente este marco contextual ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA aceptó su culpabilidad en los delitos materia de acusación de manera libre, consciente y voluntaria, contando con el debido asesoramiento ofrecido por su defensor, a cambio de que la Fiscalía como titular de la acción penal, acorde con las facultades otorgadas por el numeral 1° del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, elimine de la acusación la causal específica de agravación del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR y que al tasar la pena, lo haga desde el hito mínimo previsto en la norma infringida, de tal manera que la sanción no supere los CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN, que corresponde a la sanción más baja para el punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE y, adicionalmente, en cumplimiento de las reglas establecidas en artículo 31 del Código Penal para la tasación de la pena en materia de concursos, a esa cifra provisional le incremente un (1) mes y dos (2) S.M.L.M.V. para sancionar el punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO HOMOGENEO (Art. 376-2 C.P), lo que a la postre determina una pena definitiva a descontar de CUARENTA Y NUEVE (49) MESES DE PRISIÓN Y MULTA EQUIVALENTE A DOS (2) S.M.L.M.V.”

3.18. Para la individualización de la pena, el ordenamiento jurídico insta a la observancia de los aspectos de ponderación, decantados en el inciso 3° del artículo 61 del C.P., como son: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad de dolo, la preterintencionalidad o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que esta ha de cumplir en el caso concreto.²²

²⁰ Fl. 10 del fallo del Tribunal.

²¹ Fjs. 3 y 4 del fallo de primer grado.

²² ARTICULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

En tal sentido la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión de veinte (20) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), sobre el tema preciso que²³:

“La determinación del quantum punitivo para el concurso delictual, previa la “debida” dosificación de la pena correspondiente a cada una de las conductas punibles concurrentes, individualmente consideradas, implica el agotamiento de los siguientes pasos:

a) *El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”.*

b) *La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibídem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]*

c) *Es a partir de dicha “pena más grave” con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto “hasta en otro tanto”. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave [Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458].*

d) *El incremento de “hasta en otro tanto” de “la pena más grave” no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso, de conformidad con lo que prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 [Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987].*

e) *En todo caso, la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino tiene que representarle una ventaja sustancial al procesado. (CSJ SP2998-2014, 12 mar. 2014, rad. N°42623. CSJ SP14845-2015, 28 oct. 2015, rad. N°43868).”*

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

<Inciso adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

²³ CSJ Radicado 47588 MP Dr. JOSE LUID BARCELO CAMACHO, 20 de septiembre de 2016.

3.19. Tales aspectos analizados, fueron tenidos en cuenta por parte del juez de instancia, quien estableció que efectivamente, de los elementos materiales probatorios presentados en desarrollo del proceso, se comprobó que en el barrio Olaya Herrera, de la ciudad de Santiago de Cali, operaba una agrupación ilícita conocida como “Los Isleños”, la cual se dedica principalmente a la venta de estupefacientes, dentro de la cual actuaba el procesado, **ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA**, alias “El Ojón”, quien fue identificado y sorprendido como expendedor de alucinógenos.²⁴

“Luego entonces, a partir de los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía para sustentar su investigación y la materialidad de las conductas que comprenden la acusación, es incuestionable que en realidad aquellas existieron, es decir, que en la ciudad de Santiago de Cali, en el barrio Olaya Herrera, entre la calle 42A y la calle 62 y de la carrera 2 Norte a la carrera 9 Norte de la comuna 4, principalmente en la vivienda situada en la carrera 9 Norte No. 52 Bis — 114, operaba una agrupación ilícita conocida como LOS ISLEÑOS, la cual se dedica principalmente a la venta de estupefacientes, tal y como se encuentra acreditado con los resultados de las actividades investigativas llevadas a cabo por miembros de la Policía Judicial. Y dentro del engranaje de esa compleja actividad delictiva, ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA conocido como OJON, fue identificado y sorprendido como expendedor de alucinógenos, en concreto bazuco y cocaína.”

3.20. Ahora bien, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso con Radicación No. 45.736, ha señalado que de las modalidades de preacuerdo, en que se ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada, es necesario examinar el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena correspondiente:²⁵

“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. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 ibídem. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el parágrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así se desprende con nitidez de la sentencia adoptada en sede de control abstracto por la Corte Constitucional CC C-645/12, en la que se declaró exequible el parágrafo del artículo 57 de la Ley indicada «en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.» (...)

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por

²⁴ Fl. 7 sentencia del a quo.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Radicación No. 45.736. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del párrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia.”

3.21. Cabalmente, el fallo de la corporación de segunda instancia, analizó debidamente el proceso de dosificación punitiva impuesta al procesado **SALDAÑA GARCÍA**, y bajo tal premisa jurídica, encontró que el juez a quo, de manera acertada, procedió a establecer que el delito base para concretar la pena era el de concierto para delinquir agravado, pero por efectos del preacuerdo, el mismo se debía tener como simple y que el incrementó se efectuó de manera proporcional y razonable y encontró también no haberse desbordado los límites legales establecidos en el artículo 61 del C.P, y, por ende, el cargo así propuesto deberá ser desestimado.²⁶

“Bajo tal análisis, a juicio de la Sala resulta acertado el proceso de dosificación punitiva de la primera instancia, en la medida que a los 48 meses previstos para el delito de Concierto para delinquir, incrementó de manera proporcional y razonable, 1 mes por el concurso con el Tráfico de Estupefacientes.”

3.22. En consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público, estima pertinente, **NO CASAR LA SENTENCIA** del Tribunal de Cali, del 11 de diciembre de 2020, el cual deberá permanecer incólume, en cuanto declaró penalmente responsable a **ELKING EDUARDO SALDAÑA GARCÍA**, por los delitos de concierto para delinquir del artículo 340 del C.P. y tráfico de estupefacientes del artículo 376 ídem, por el cual fue finalmente condenado en las dos instancias, pues no se demostró que se hubiesen trasgredido las reglas de dosificación punitiva en lo eventos de concurso de delitos, como sin razón lo planteó el recurrente.²⁷

Atentamente,



PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

²⁶ Fl. 9 fallo de segunda instancia.

²⁷ Fis. 1 al 11 del fallo del Tribunal.