



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Julio 10 de 2024 n.º 06

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: principio de no retractación, Fiscalía, no tiene la facultad de retractarse / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: derechos de las víctimas, se vulneran cuando la fiscalía se retracta del acta firmada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: acta equivale al escrito de acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: no son actos de parte / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Fiscales delegados: autonomía e independencia en sus actuaciones jurisdiccionales / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a la Fiscalía, para que previo a suscribir preacuerdos, los delegados consulten con sus superiores jerárquicos, con los jefes de las distintas unidades de Fiscalía, o hagan uso de los comités técnicos jurídicos

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió la apelación interpuesta por el defensor del General (R) JASR, contra el auto por medio del cual la Sala Especial de Primera Instancia le negó las solicitudes de nulidad.

En este caso, la Sala de Casación revocó la decisión impugnada y, en su lugar, decretó la nulidad de la actuación, inclusive desde la presentación del escrito de acusación, para que el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, presente ante la Sala Especial de Primera Instancia de la Corporación, el preacuerdo celebrado con el General (R) JASR, su defensor y el apoderado del Ministerio de Defensa, con el fin de que ésta decida si lo aprueba o lo desaprueba.

Lo anterior, al concluir que, bajo el principio de exclusión que se desprende del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, el Fiscal, no tenía la facultad legal de desistir del preacuerdo firmado; por el contrario, tenía la obligación de ponerlo en

consideración de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte, de conformidad con los artículos 293 y 350 ibidem.

Así las cosas, reconsideró la postura según la cual el acta de preacuerdo es un simple documento carente de efectos jurídicos. Al respecto, aclaró que, la acusación que nace del acuerdo de voluntades, propio de la institución del preacuerdo, se debe considerar como una actuación procesal que suscribe un funcionario judicial.

De otro lado, la Sala de Casación, atendiendo al principio de autonomía e independencia judicial, requirió respetuosamente a la Fiscal General de la Nación para que, instruya a los fiscales delegados con el fin de que previamente a suscribir preacuerdos, consulten con sus superiores jerárquicos, con los jefes de las distintas unidades de Fiscalía, o hagan uso de los comités técnicos jurídicos que tienen a su disposición.

AP3046-2024(59441) de 22/05/2024

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

ANTECEDENTES RELEVANTES

- Entre el 29 de diciembre de 2015 y el 27 de diciembre de 2017, el General JASR, comandante de la 7ª División del Ejército Nacional (Medellín), intervino para que el Teniente Coronel HFPR, comandante del Batallón de Servicios Nro. 4 "Yariguíes", adjudicara contratos a las sociedades D e I SAS.
- El 18 de agosto de 2020, en el Tribunal Superior de Bogotá, se le imputaron, como coautor, 14 delitos de interés indebido en la celebración de contratos y 2 peculados por

apropiación con la “atenuación punitiva por reintegro total del dinero”, y las circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58.1.9.10 del Código Penal, así como las de menor punibilidad del artículo 55.1.6.7 ibidem. No aceptó cargos. Se le impuso detención preventiva en el lugar de residencia.

3. Se presentó escrito de acusación ante la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia el 15 de diciembre de 2020, y en la audiencia de formulación el 8 de marzo de 2021, el defensor solicitó la nulidad de la actuación. Expuso que el 20 de octubre de 2020 se firmó con la Fiscalía y el apoderado de víctimas un preacuerdo. Sin embargo, el 25 de noviembre de 2020 la Fiscalía le informó que por razones de política criminal no se radicaría el preacuerdo sino un escrito de acusación, incumpliendo los compromisos adquiridos y honrados por su defendido quien, conforme a los términos del acuerdo: (i) renunció a la agregaduría militar en Chile -trasladándose a Colombia con su familia-, (ii) presentó su retiro voluntario del Ejército Nacional, y (iii) reintegró la suma de \$170'019.129 como indemnización total. Además, debido a las conversaciones sostenidas previamente con la Fiscalía, no se aceptó la imputación y no se opusieron a la medida de aseguramiento.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Justicia premial: mecanismos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Justicia premial: modalidades / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: finalidades / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: objeto de convenio, alcance y límites / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: fuerza vinculante / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: derecho comparado, sistema anglosajón / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de la Fiscalía de actuar con objetividad y protección de los derechos de las partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: principio de oficiosidad

«Recuerda la Sala que la ya no tan novedosa institución de los “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES”, tiene como finalidades definidas legalmente las de: (i) humanizar la actuación y la pena, (ii) obtener pronta y

cumplida justicia (iii) activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, (iv) propiciar la reparación integral y (v) lograr la participación del imputado en la definición de su caso (artículo 348 CPP de 2004).

Se pretende al preacordar concluir el proceso por la vía del consenso y no por el costoso camino del enfrentamiento en juicio. Cualquiera sea la forma de terminación, encontrar la verdad es uno de los propósitos del proceso penal, pues en Colombia, conforme a los principios de legalidad y oficiosidad, el juez para decidir requiere un mínimo de prueba que soporte la declaración voluntaria de culpabilidad.

Una de las finalidades del Acto Legislativo 03 de 2002 fue la introducción de un modelo procesal en el cual, la mayoría de los casos, terminaran anticipadamente. Llegar a la verdad evitando el juicio para garantizar resultados dentro de plazos razonables y con énfasis en los derechos de las víctimas (verdad, justicia y reparación) fue el ideal que animó la reforma.

En desarrollo de esos fines, la Ley 906 de 2004 creó varias instituciones jurídicas para alcanzar ese objetivo dentro de estrictos parámetros legales y constitucionales, que, como lo dice la ley, aprestigien la Administración de Justicia y eviten su cuestionamiento, humanice la actuación procesal y obtenga pronta y cumplida justicia.

Esos mecanismos de terminación anticipada del proceso no son novedad en el ordenamiento jurídico penal colombiano pues venían desarrollándose como consecuencia de la constatación empírica de su necesidad para la eficacia del proceso penal.

[...]

El Sistema Penal Acusatorio adoptado por la ley 906 de 2004 evolucionó hacia la adopción de mecanismos más eficaces para lograr obtener pronta y cumplida justicia. Si bien la justicia premial no es novedosa, si es uno de los pilares sobre los que se montó el sistema. Al efecto, se crearon figuras como el principio de oportunidad (artículos 321 y ss. de la Ley 906 de 2004), los preacuerdos y las negociaciones (artículos 348 y ss. ibidem), la mediación y la conciliación (artículos 518 y ss. CPP de 2004), el proceso penal abreviado y el acusador privado (Ley 1826 de 2017).

Tales figuras provienen del derecho anglosajón, allí, por ejemplo, se validaron las alegaciones preacordadas por su importancia basilar para el sistema pues sin ellas “sería difícil enjuiciar a todas las personas acusadas de cometer delitos dentro de los términos requeridos por el ordenamiento procesal y por la Constitución”.

En Colombia, los preacuerdos parten del consenso. Fiscalía y Defensa (técnica y material) dialogan, comparten criterios, resuelven disensos y negocian las consecuencias jurídicas que debe afrontar el procesado. Éste renuncia a su derecho fundamental de controvertir en un juicio su situación jurídica y por ello accede al “premio” de obtener una rebaja punitiva como compensación por evitarle un desgaste judicial y económico a la Administración de Justicia.

Esos definidos propósitos se advierten tanto en las exposiciones de motivos del proyecto de Acto Legislativo como en el de la finalmente nominada Ley 906 de 2004, pues fue, se insiste, la descongestión judicial y el ánimo de economizar recursos los que justificaron la idea de cambiar beneficios por verdad, por colaboración contra el crimen organizado y la corrupción, o por evitar el desgaste de un juicio contencioso, sobre la verdad apodíctica de que ningún sistema judicial de ningún Estado es capaz de resolver en juicio el 100% de los casos.

La Corte no ha sido ajena a esa verdad. En consecuencia, ha resaltado la importancia de promover los mecanismos de terminación anticipada pues desestimularlos podría ocasionar el colapso del sistema “...cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales”, resaltando que estos mecanismos garantizan “los derechos de la víctima a una pronta e integral reparación”.

Son tan importantes los preacuerdos que sin ellos no se logra entender el funcionamiento del sistema, como sucede en los Estados Unidos de América de donde se importó el modelo procesal.

Así lo ha reconocido esta Sala al resaltar la fuerza vinculante de los preacuerdos, recordando que en un principio, en ese país, las manifestaciones de culpabilidad por parte del acusado (plea of guilty) se acogían por los jueces sin obligación ni contraprestación formal alguna, al igual que las manifestaciones de culpabilidad negociadas con el Fiscal (plea bargaining), pues el acusado no tenía plena garantía de que las rebajas o

beneficios prometidos llegasen a ser reconocidos por el juez [...]

La Corte destacó, acogiendo los parámetros del sistema estadounidense, la importancia de aceptar manifestaciones de culpabilidad (por allanamiento o por preacuerdos), para descongestionar el sistema, resolver rápidamente los procesos, evitar los efectos corrosivos de las largas detenciones preventivas, proteger a la sociedad de manera expedita e incrementar las probabilidades de resocialización.

El sistema anglosajón sirve como guía para entender ciertas instituciones que antes de la reforma no se aplicaban en Colombia (principio de oportunidad y preacuerdos, entre otros), sin que ello signifique que las mismas deban traslaparse automáticamente, pues la Constitución y leyes locales definen las especificidades propias que delinear el Sistema Acusatorio nacional.

Así, por ejemplo, se impone reconocer los derechos de las víctimas a obtener verdad, justicia y reparación en el proceso penal, radicando en cabeza de la Fiscalía el deber de protección de esos derechos.

Adicionalmente, en Colombia los Fiscales en el desempeño de su función están atados al principio de objetividad tal como se dispone expresamente en los artículos 115 y se deduce de los artículos 287 y 336 del CPP, lo que incluye, naturalmente, la sujeción a los principios de legalidad y oficiosidad, sin que pueda pasarse por alto en estas conclusiones la adscripción nacional de la Fiscalía a la Rama Judicial y la condición, por tanto, de Funcionarios Judiciales de los Fiscales Delegados.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima: interviniente especial, importancia de su reconocimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctima: participación en el proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: derechos de las víctimas, son una herramienta para que sean reparadas

«Las víctimas en el Sistema Penal Acusatorio encuentran protección de sus derechos a nivel constitucional y legal (artículos 250.7 C.Pol. y 11, 92, 102 a 128, 132 a 137, 151, 174, 327, 333, 340, 357 CPP /2004) y su reconocimiento como “interviniente” les garantiza hacer valer sus derechos.

La Corte Constitucional ha reforzado la participación activa de la víctima en el proceso destacando, entre otros derechos, su garantía de comunicación “desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades” como parte de sus derechos a conocer la verdad, a obtener justicia y a procurar una indemnización de su victimario tal como ya se había señalado con vista incluso en la Ley 600 de 2000 en la sentencia C-228 de 2002.

En este orden de ideas, los preacuerdos son una herramienta necesaria y muy útil para garantizarle sus derechos pues uno de sus fines declarados es “propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto” (artículo 348 del CPP de 2004)

Así entonces, el consenso en la solución de conflictos no solo interesa a las partes del conflicto propiamente dicho (Fiscalía y Acusado), sino a los intervinientes.

Al Ministerio Público como garante del orden jurídico y de las garantías de las víctimas, ya que puede participar en diligencias o actuaciones en las que “exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no afecte los derechos de los perjudicados...” (artículos 109 y 111.2.d CPP /2004).

También es importante para la víctima, cuya participación se requiere en los preacuerdos, pues, aunque no tiene la capacidad de vetar los mismos, sí la tiene para que sus intereses sean tomados en cuenta, bajo el entendido de que “podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo” pues “(...) no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia”.

Se concluye así, que las víctimas deben ser escuchadas para: (i) conocer la verdad (implica vigilar que los hechos jurídicamente relevantes queden plasmados en el preacuerdo en concordancia con la imputación o la acusación); (ii) buscar justicia (la sanción penal que se imponga al infractor debe ser proporcional al daño causado, es decir, no debe ser irrisoria); (iii) obtener la reparación del daño causado con el delito en su integridad; y (iv) obtener la garantía

de no repetición de los actos que le causaron perjuicios materiales o morales.

En consonancia con esas premisas, esta Corte ha sido enfática en señalar que los preacuerdos constituyen una valiosa herramienta para reparar a las víctimas [...]»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: alcance / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: modalidades, principio de oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: consecuencias jurídicas y diferencias con el principio de oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de oportunidad: naturaleza, suspende, interrumpe o renuncia al ejercicio de la acción penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de oportunidad: control de legalidad por el juez de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos o preacuerdo: aunque vienen del mismo género cada uno tiene sus particularidades / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: disminución punitiva según el momento procesal

«Los preacuerdos son la manifestación de culpabilidad que libremente hace el imputado para terminar anticipadamente el proceso y (i) obtener a cambio un beneficio —rebaja punitiva—, o (ii) para que la Fiscalía suspenda, interrumpa o renuncie a la acción penal en aplicación del principio de oportunidad.

En este último caso el juez de control de garantías realiza un control de legalidad exigiendo al Fiscal que justifique las causales de política criminal que persigue con su aplicación (arts. 250 C. Política y 321, 323 inciso 2, 327 y 330 del CPP).

Esa es una diferencia con los preacuerdos donde el Fiscal no debe justificar esas razones de política criminal pues el juez de conocimiento se limita a verificar que: (i) la manifestación de culpabilidad sea libre, consciente y voluntaria, (ii) se respeten las garantías y derechos fundamentales, (iii) se acate el núcleo fáctico de la imputación, (iv) no se otorgue doble beneficio, (v) el delito sea negociable, y (vi) se reintegre el incremento patrimonial (artículos 348 ss. CPP).

Ahora, en los preacuerdos se pueden quitar agravantes o cambiar el grado de participación y tasar la pena pues la ley otorga a la Fiscalía cierto

margen de negociación con el fin de cumplir su función de persecución del delito, siempre que se ajuste a unas reglas verificables por el juez de conocimiento que tiene el deber de revisar las actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la suscripción por las partes.

En los allanamientos de cargos, que son acuerdos sin negociación, las rebajas punitivas están previamente establecidas con variaciones según el estadio procesal en el que se logre el consenso. La regla inicial es simple: a mayor tardanza procesal menor rebaja.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: garantías para el procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: principio de lealtad y buena fe / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: principio de confianza legítima

«El sistema de preacuerdos y negociaciones está rodeado de garantías en favor del procesado para resguardarlo de las amplias facultades discrecionales que la ley le otorgó a la Fiscalía. Esas garantías permiten que quien renuncia a un juicio lo haga bajo el principio de buena fe, con la confianza de que el Estado cumplirá sus compromisos. Lo contrario afectaría la seguridad jurídica y la vigencia de la institución.

Esa que es la confianza legítima en las instituciones está soportada en principios de rango constitucional como el artículo 83 de la Constitución que consagra el principio de la buena fe con el que deben actuar tanto los particulares como el Estado. Cuando los funcionarios públicos en sus actuaciones no se ciñen a esos postulados lo que terminan defraudando es la confianza legítima que los asociados depositan en las instituciones.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, salvo vicios del consentimiento y o violación de garantías / **TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO** - Principio de no retractación: reglas / **TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO** - Principio de no retractación: principio de exclusión, la Fiscalía no tiene la facultad de retractarse / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: principio de no retractación, evolución legislativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: principio de no retractación, evolución

jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: principio de no retractación, Fiscalía, no tiene la facultad de retractarse / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: derechos de las víctimas, se vulneran cuando la fiscalía se retracta del acta firmada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: acta equivale al escrito de acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Escrito de acusación: retiro, no exige decisión judicial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Escrito de acusación: acto exclusivo de la Fiscalía

«La posibilidad de retractarse en el proceso penal de una manifestación de culpabilidad (en allanamiento o por negociación), está consagrada en la ley, y aunque existen vacíos legales, debe acudir, en casos complejos, a los principios que inspiran el Sistema Penal Acusatorio.

Una mirada al origen de la discusión es más que necesario para establecer los avances legislativos y jurisprudenciales al respecto. Veamos:

El original artículo 293 del CPP de 2004 establecía:

“Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo **sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes**, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.” (Subrayado agregado al texto).

Una interpretación exegética del artículo permitía a las partes retractarse de la aceptación de cargos o del preacuerdo, antes de que el juez de conocimiento lo aceptara. La consecuencia evidente de esa hermenéutica fue un incremento de casos donde, en ese interregno, los procesados se retractaban de la aceptación de cargos realizada en la imputación.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia limitó entonces esa posibilidad. Estableció, en un caso donde se aceptaron los cargos en la formulación de imputación, que cuando el juez de control de garantías aceptara el allanamiento por encontrar que “es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo

que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 294 de la ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.”

Posteriormente se declaró exequible el aparte que refería “sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes” e indicó que una vez revisada por el juez la manifestación de culpabilidad no era razonable permitir que el imputado se retractara “sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante”.

En la misma sentencia (C-1195 /2005) se estableció que no era posible la retractación ni para el imputado ni para la Fiscalía, pues la norma refería que, en virtud del principio de igualdad, no era posible la retractación de “alguno de los intervinientes”, y se resaltó el compromiso, que también resulta inherente a la Fiscalía, de comprometerse con la Administración de Justicia para honrar los pactos celebrados y actuar bajo el principio de lealtad procesal “por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes”.

Con posterioridad y en varias providencias, esta Corte afirmó que cuando el imputado se sometía a la terminación anticipada operaba el principio de “no retractación”, que implicaba “la imposibilidad procesal de continuar la discusión sobre la responsabilidad penal admitida, salvo que pueda demostrarse que en el desarrollo del acto se incurrió en vicios de consentimiento o en vulneración de garantías fundamentales” conforme a los artículos 293 y 351 (inc. 4) del CPP /2004.

La ley 1493 de 2011, adoptó como legislación el derrotero trazado por la Corte Suprema de Justicia mediante la modificación del artículo 293 del CPP /2004 [...]

El legislador agregó en el primer inciso de la norma la imposición para que el Fiscal remita el acuerdo al Juez de conocimiento. También aceptó en el parágrafo que la retractación podía ser “en cualquier momento” y exclusivamente “por parte de los imputados”, con la condición de

demostrar que frente a ellos se presentó un vicio del consentimiento o que se les vulneraron sus garantías fundamentales.

En consecuencia, la misma ley excluye la posibilidad de que el Fiscal se retracte, pues por sustracción de materia no lo puede hacer de la imputación, pero tampoco del preacuerdo.

La modificación recaba en la obligación de que los funcionarios judiciales corroboren que la manifestación de la voluntad por parte de los imputados esté libre de vicios en su consentimiento por error, fuerza o dolo.

Para la Sala no es admisible suponer que el artículo 293 solo hace referencia a la retractación de la aceptación de cargos en la audiencia de imputación (interpretación gramatical), pues debe advertirse que la norma también establece el trámite a seguir cuando el imputado “por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación”, situación que obliga al Fiscal a enviar al juez el escrito que contenga la imputación o “el acuerdo”.

La Corte Constitucional ha sostenido que la norma no permite que la Fiscalía se retracte del preacuerdo antes de que el juez de conocimiento lo apruebe, fue enfática en señalar que “la expresión impugnada prohíbe la retractación “de alguno de los intervinientes”, o sea, también la de esta última entidad, precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes.”

Por su parte, esta Corporación ha reafirmado ese criterio refiriendo que tal retractación resultaría contraria “al principio de seguridad jurídica y a los deberes de lealtad y buena fe que se exige a los intervinientes en el trámite”, y después se dejó claro que aceptada la imputación o realizado el preacuerdo, no se permite la retractación “pura y simple” de los imputados.

Del recuento histórico normativo y jurisprudencial se entienden definidas las siguientes reglas en cuanto a la retractación de la aceptación de cargos:

- 1.- No es posible la retractación pura y simple de la aceptación de los cargos realizada en la imputación.
- 2.- La retractación es condicionada a la demostración de vicios del consentimiento o la violación de garantías fundamentales.

3.- En la aceptación de cargos realizada en la imputación, es el juez de control de garantías quien verifica que el consentimiento se haya dado de manera libre, consciente, voluntaria, asesorada y sin vulneración de garantías. El juez de conocimiento no debe verificar nuevamente lo que ya hizo el juez de garantías, debiendo, una vez recibe el caso, correr el traslado del artículo 447 del CPP y proferir la sentencia.

4.- El juez de conocimiento debe verificar que la aceptación sea libre, consciente, voluntaria, asesorada y sin vulneración de garantías cuando sea posterior a la imputación o se produzca por preacuerdo con la Fiscalía.

5.- Después de verificado por el juez de conocimiento el preacuerdo, no se admite la retractación ni del imputado ni del delegado de la Fiscalía.

6.- Ahora, bajo el principio de exclusión que se desprende del artículo 293 del CPP, es inaceptable que el Fiscal se retracte del preacuerdo una vez se ha suscrito por todas las partes e intervinientes. Esto por cuanto no existe norma en el ordenamiento que permita la retractación del Fiscal, como si se consagró para el imputado, sin poder siquiera pensar que, como funcionario público, pueda alegar un vicio en el consentimiento, salvo la insuperable coacción (eventualidad que deberá demostrar).

Si el preacuerdo soslaya el núcleo fáctico de la imputación será, a posteriori, el juez de conocimiento quien deberá improbarlo. Sin embargo, en esta providencia se estudiará el fenómeno ex ante a la presentación del preacuerdo ante el juez de conocimiento.

Esta última regla se entiende bajo el supuesto legal de que el Fiscal no está obligado suscribir preacuerdos, ya que tampoco existe norma alguna que lo obligue; por el contrario, el artículo 348 del CPP /2004 indica que Fiscalía y defensa “podrán” llegar a preacuerdos. Empero, este argumento no alcanza para sostener la tesis según la cual el Fiscal puede retractarse una vez suscrito con partes e intervinientes un preacuerdo, que además cumple el imputado. Una cosa es reconocer que tiene la potestad de negarse a suscribir un preacuerdo, y otra bien distinta es aceptar que en virtud de esa potestad pueda desistir del preacuerdo ya suscrito.

Aceptar la retractación del preacuerdo por parte del Fiscal significa vaciar de contenido el cuerpo primero del artículo 293 del CPP que establece:

“Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento”. (subrayado fuera del texto).

Obsérvese que la norma establece un mandato de hacer para el Fiscal de enviar el preacuerdo al Juez de conocimiento. La naturaleza intrínseca del acta que contiene el preacuerdo, no puede ser la de un simple documento sin valor y trascendencia jurídica o un mero “acto de parte” (como se estudiará en el acápite 7.3.6.)

Cuando el imputado acepta la imputación por “acuerdo” con la Fiscalía, lo que efectivamente realiza es un preacuerdo, donde reconoce ante el Fiscal (funcionario de la Rama Judicial), el Ministerio Público y la víctima, que realizó la conducta imputada. Esa manifestación de culpabilidad según el artículo 293 del CPP, es una actuación que se equipara, nada más y nada menos, que a la “acusación”.

En consecuencia, el Fiscal no tiene la facultad de retractarse del mismo, ni antes de presentarla al juez de conocimiento y menos después de su verificación. Ante el incumplimiento de ese mandato se afecta la estructura del proceso (aspecto que se estudiará en punto de las nulidades).

El principio de legalidad contenido en el artículo 6 de la Constitución confirma esta interpretación al establecer que los “particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Esta cláusula de responsabilidad impone a los últimos acatar estrictamente el ordenamiento jurídico con un mayor compromiso que los particulares, y garantiza el adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Por eso no solo responden por actuar sino por omitir el ejercicio de sus funciones. Las cargas de lealtad procesal del Fiscal son mayores y no puede utilizar las instituciones jurídicas a su antojo y con engaño para los destinatarios de la ley penal.

Es cierto que presentado el escrito de acusación el Fiscal se convierte en parte, pero antes de esa mutación es el titular de la acción penal, con plenas facultades que lo sitúan en condiciones de superioridad al indiciado o imputado, tanto que

después de la imputación puede seguir investigando, por eso sus actuaciones son regladas.

La Sala reconsidera así la postura según la cual el acta de preacuerdo es un simple documento carente de efectos jurídicos realizado por las partes “fuera del proceso formalizado” que puede ser desconocido por el fiscal. Esta nueva interpretación fortalece el cuerpo primero del artículo 293 del CPP de 2004 y consolida la orden impartida al fiscal en el artículo 350.1 *ibidem*, que establece:

“Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. **Obtenido este preacuerdo**, el fiscal **lo presentará** ante el juez de conocimiento **como escrito de acusación**”. (subrayado fuera del texto).

Obsérvese que el mandato del artículo 293 no es una norma aislada en el CPP de 2004, sino que concuerda con el 350 y se corrobora que el sistema está montado sobre principios de lealtad procesal y de confianza legítima, a los que no escapan los preacuerdos como actuaciones procesales complejas, con fases previas, concomitantes y posteriores a la verificación ante el juez.

Este cambio de postura, obliga a recuperar los argumentos expuestos desde los albores del Sistema Penal Acusatorio:

“...los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado deben regirse por los principios de lealtad y buena fe, por lo que todo aquello que constituya su objeto -desde que no violente garantías fundamentales o se encuentre al margen de la ley-, ha de ser incorporado de manera integral al acta pertinente, lo más completa, clara y precisa posibles, a efecto de no generar falsas expectativas, pues dichos acuerdos, como lo pregona un sector de la doctrina, mal pueden servir de instrumento para sorprender o engañar al imputado o acusado, y menos para colocarlo en situación de inferioridad.”

Esta decisión prohíbe al Fiscal abusar de su situación privilegiada, desechando la idea de que antes de la verificación del “acuerdo” lo único que existen son “meras expectativas”. Tal entendimiento exclusivamente es válido frente a las “conversaciones” previas a la suscripción del

preacuerdo, las cuales no generan efectos jurídicos por expresa disposición legal (artículos 8.d) y 369 inciso final del CPP de 2004.

Un mejor entendimiento de la institución impone considerar que una vez firmado el preacuerdo se genera, no una mera expectativa, sino una obligación para la Fiscalía (presentar el acta como escrito de acusación) y una probabilidad razonable de rebaja de penas para el imputado, por ejemplo, si reintegra “por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido”. Este deber no es posterior a la verificación del juez de conocimiento, es propio de la fase previa porque el Fiscal no puede suscribir el acta de preacuerdo sin que el imputado haya cumplido y garantizado la devolución del restante.

Concatenado con esa obligación de las partes se encuentra la víctima, en quien no se crea una “mera expectativa” de restablecimiento de su derecho a la reparación. Se estructuró una realidad concreta debido a que con la simple suscripción del preacuerdo se le entregó al menos el 50% de su afectación y, en este caso específico, se le resarcó totalmente el derecho por el reintegro total del incremento.

Aceptar la retractación del Fiscal afecta los derechos de las víctimas pues retornan de la consolidación a la mera expectativa e incertidumbre, debido a que el imputado retoma su presunción de inocencia discutible en juicio oral y público y se le debe devolver el dinero que entregó para la reparación.

La decisión del 1° de junio de 2006 (Rad. 24764), es acertada al prohibir poner al imputado o acusado “en situación de inferioridad”; situación que se verifica cuando éste reintegró el dinero a la víctima y el Fiscal se retracta, pues el último no tiene la posibilidad de reintegrarlos al patrimonio del imputado, debido a que los mismos entraron en la esfera patrimonial de la víctima.

La Corte recalca que, en estos precisos eventos, se crean efectos jurídicos y patrimoniales que impiden la retractación del Fiscal.

No se desconoce que en pasadas oportunidades se expuso que el Fiscal podía retirar el preacuerdo. Sin embargo, ante los cambios legislativos y las situaciones de cada caso en particular se impone revisar cada uno para comprender que diversas situaciones de hecho generan distintas consecuencias de derecho.

[...]

El que la Corte manifieste, para este caso concreto, que el Fiscal no puede retractarse de manera pura y simple de un preacuerdo que generó efectos jurídicos y patrimoniales (por indemnización), no significa que se establezca como regla la imposibilidad del Fiscal de retirar el escrito de acusación al que está obligado en virtud del artículo 336 del CPP de 2004, esto es el que se presenta de manera autónoma y sin preacuerdo, pues esa acusación sigue teniendo las características de un acto de parte y el Fiscal es quien maneja la acción penal por lo que la presentación del escrito de acusación refleja su intención de poner en conocimiento del juez las pretensiones estatales.

Esa situación es muy diferente de aquella donde se acude al juez de conocimiento para poner de presente preacuerdo que conlleva una acusación que nace de manera consensuada.

El retiro del escrito de acusación no exige un pronunciamiento del juez de conocimiento, pues como lo ha reiterado la Corte, el Fiscal es el “dueño de la acusación”, y si decide retirarla “corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada”.

Se hace la salvedad de que el escrito de acusación presentado al juez de conocimiento en virtud a los mandatos de los artículos 293 y 350 ibidem, no refleja su exclusiva pretensión, sino que también manifiesta la intención del procesado de aceptar su responsabilidad cumpliendo con uno de los fines de los preacuerdos (lograr la participación del imputado en la definición de su caso (artículo 348 ibidem)).

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Actuación procesal: los actos procesales del juez son distintos de los actos de parte / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Nulidad: improcedencia cuando se invoca sobre un acto de parte / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Acto de parte: de la Fiscalía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Acto de parte: características / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Acto de parte: presunción de legalidad, excepción, cuando se vulnera el debido proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: no son actos de parte / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: son actuaciones procesales

«Resulta imperioso establecer la diferencia entre “actos de parte” y “actuaciones judiciales”, para entender por qué la suscripción de un preacuerdo no se ajusta a las características del primero. Los primeros, son actos de postulación de cada uno de los sujetos procesales de manera independiente de la otra con el fin de que sean escuchadas sus pretensiones. Las segundas son actuaciones que realizan los funcionarios judiciales en ejercicio de sus funciones y que tienen la capacidad de generar efectos jurídicos pues deciden cuestiones propias del proceso.

La doctrina extranjera define los “actos de parte” desde el punto de vista de los sujetos, para exponer, con base en una cláusula de exclusión, que es todo aquello que no sea emanado del “órgano jurisdiccional”, si tiene su génesis en éste es un “acto procesal”:

[...]

Se destaca de la cita que los “actos de parte” son solicitudes que pertenecen a la exclusiva titularidad de quien las realiza, no participa el “órgano de jurisdicción”, que para nuestro caso serían los jueces o magistrados, quienes no solicitan nada al interior del proceso, sino que se manifiestan a lo largo del proceso con órdenes (verbales), autos (de trámite o interlocutorios) y sentencias (siempre escritas). Sin embargo, una característica de nuestro sistema acusatorio radica en que la Fiscalía pertenece a la Rama Judicial (Tit. VIII Cap. 6).

De tiempo atrás la Corte ha manifestado que existen actos de parte que no pueden ser cobijados con la nulidad, pues son simples postulaciones de los sujetos procesales. Un ejemplo de ello es la formulación de imputación, la cual no puede invalidarse por los simples desacuerdos con la postura del Fiscal. No obstante, y excepcionalmente, puede declararse la nulidad ante flagrantes y ostensibles “indeterminaciones” en la comunicación de los hechos jurídicamente relevantes. O por infracción al principio de objetividad.

En la providencia AP1128-2022 (radicado 61004), la Corte expuso:

[...]

En esa decisión se expuso que en el Sistema Penal Acusatorio al Fiscal “se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales”, lo que significa que aún conserva “algunas” que aunque

mínimas no pierden su trascendencia en el proceso. Se pueden mencionar dentro de esas funciones las siguientes: interceptar comunicaciones, realizar allanamientos y, ahora, suscribir preacuerdos verificando, ex ante, que la manifestación del procesado sea consciente, voluntaria y debidamente informada. Claro está, las primeras con control posterior del juez de garantías y ésta última con control posterior y aprobación del juez de conocimiento.

Esas verificaciones ex ante que debe realizar el Fiscal no se limitan a la suscripción de un preacuerdo. También cuando una persona es capturada en situación de flagrancia, el Fiscal debe hacer un juicio meramente objetivo antes de presentar el capturado al juez de garantías para verificar que no se le hayan quebrantado sus derechos fundamentales, pues de ser ilegal la captura, tiene la facultad de dejar libre al capturado y de no presentarlo ante el juez de control de garantías, con el compromiso por parte del liberado de comparecer cuando sea requerido. Igual juicio objetivo debe hacer cuando de la información suministrada aparezca que el supuesto delito no comporta detención preventiva (artículo 302 inc. 4 CPP).

La posición del Fiscal en el nuevo sistema no es la de una simple parte, aún esta investido de facultades para administrar justicia y siempre está llamado, como funcionario judicial, a garantizar los derechos fundamentales del procesado.

Esta Corporación ha reconocido que son actos de parte de la Fiscalía, entre muchos otros: la formulación de imputación (AP3555-2018 radicado 53222 y SP3988-2020 radicado 56505); la presentación del escrito de acusación y su formulación (AP381-2018 radicado 51432, SP9853-2014 radicado 40871); el retiro del escrito de acusación (AP3832-2018 radicado 53560); la presentación de la demanda de casación (auto del 16 de enero de 2012, radicado 32327) y, se puede agregar, la solicitud de las audiencias preliminares.

Todos los anteriores actos de postulación tienen una característica en común: son actos realizados por tan solo una de las partes. Para su validez no requieren de la aprobación del otro sujeto procesal.

Si la actuación de un sujeto procesal es un acto de parte, frente a la misma no cabrían controles judiciales ordinarios, por cuanto solo pertenecen

a la esfera de la parte que realizó tal postulación, pero como también ya se dijo, de manera excepcional, se puede invalidar el acto si del mismo se desprende una vulneración sustancial al debido proceso, como ya se explicó en la imputación, y pasará a verse también en la acusación.

En decisión AP1620-2018 (radicado 49668), se indicó que “La invalidez del proceso se advierte inconducente al dirigirse contra un acto procesal de parte, como lo es la acusación, pues tal medida extrema sólo se viabiliza frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales”.

Sin embargo, y no obstante ser un acto de parte, la nulidad de la acusación es procedente cuando no se especifica la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes sobre la que versaría el debate (CSJ SP4252-2019, radicado 53440) o cuando se vulnera el principio de objetividad. Nulidad que se decreta desde la acusación por ser el estadio procesal donde se corrigen las irregularidades presentadas en la imputación y eventualmente, cuando el acto irregular es la propia imputación, incluso desde ésta.

Las anteriores providencias y la dinámica propia del sistema, ha demostrado que se debe invalidar la imputación o la acusación cuando quebrantan la estructura del debido proceso o las garantías de las partes. En consecuencia, no es un concepto absoluto la improcedencia de la nulidad frente a los “actos de parte”.

En esta oportunidad la Corte sigue considerando que la acusación es un “acto de parte” en tanto corresponda a su decisión unilateral (conforme se explicó en el acápite anterior), es decir, la que realiza la Fiscalía conforme el artículo 336 del CPP, a la que está obligado cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.

Pero la acusación que nace del acuerdo de voluntades, del consenso propio de la institución del preacuerdo (artículos 293 y 350 del CPP /2004) no se debe considerar como un simple “acto de parte” sino como una actuación procesal que suscribe un funcionario judicial.

Las anteriores premisas sustentan la siguiente conclusión: Cuando el Fiscal suscribe un preacuerdo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 162 del CPP /2004, es

decir, debe hacer una “Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica” de la “Decisión adoptada” entre las partes (al igual que se realiza en las sentencias y los autos interlocutorios). Por ende, el acta del preacuerdo no es un documento sin valor proveniente de la voluntad unilateral del Fiscal, sino, se reitera, un escrito de acusación fruto del consenso. O, lo que es lo mismo, es la formalización de un acto bilateral que al involucrar a un funcionario público en ejercicio de sus funciones conduce al particular (imputado) a confiar razonablemente en la legalidad de la actuación y, por tanto, no puede ser desconocido en contra del usuario.

La Corte no puede avalar una tesis absoluta según la cual las actuaciones procesales son exclusivamente las audiencias que dirige un juez (imputación, imposición de medida de aseguramiento, acusación, preparatoria y de juicio oral, entre otras), y que las actuaciones que se realicen sin su presencia son simples “actos de parte”. Tal idea desconoce que también pueden tener las características de “actuaciones procesales” aquellas donde participa un funcionario de la Rama Judicial (Fiscal) frente a su contraparte en actos de contenido y trascendencia jurídica.»

FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN - Facultad de delegar: naturaleza de dicho acto / **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN** - Facultad de delegar: alcance / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Fiscales delegados: facultades / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Fiscales delegados: autonomía e independencia en sus actuaciones jurisdiccionales / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Comité Técnico Jurídico: no puede usarse para afectar la autonomía e independencia de los fiscales delegados / **PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL** - Funcionario de la Fiscalía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: principio de unidad de gestión y jerarquía, alcance

«Como se ha sostenido, la Fiscalía General de la Nación “forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal” (art. 249 C.Pol.) consagración fundamental en nuestro sistema democrático porque garantiza que los ciudadanos confíen en que los controles y las funciones que cumple no dependerán de las restantes ramas de poder. Esa noción conlleva la independencia de todos los fiscales en sus actuaciones y decisiones en cualquier nivel

jerárquico, garantizándoles la no injerencia de factores externos o internos en sus decisiones. Por eso, ningún superior jerárquico puede exigirle ni insinuarle a un Fiscal como proferir determinada decisión.

Bajo esa perspectiva, el Fiscal General de la Nación no puede, en materia judicial, inmiscuirse en la toma de decisiones de sus Delegados. El artículo 251.3 de la Constitución Política así lo consagró [...]

Es por eso que, si un fiscal delegado realiza una imputación, el Fiscal General de la Nación puede asumir ese proceso y desplazar al delegado, empero, la actuación a seguir no puede ser volver a realizar la imputación o “negarla”, debe seguir la actuación, bien presentando escrito de acusación o solicitando la preclusión de la actuación.

La independencia judicial de los Fiscales se reconoció desde la sentencia C-558 de 1994, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 19 del Decreto 2699 de 1991, que establecía: “Los Fiscales Delegados actuarán siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General”. [...]

Ahora, el original artículo 251.1 de la Constitución consagraba que era una función especial del Fiscal General la de “Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución”. Sin embargo, el Acto Legislativo 03 de 2002, amplió la competencia para conocer esa función, indicando que sigue en cabeza del jefe de esa entidad, pero agregando que puede hacerlo “directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia”.

El mismo artículo dispuso en el numeral tercero que el Fiscal General en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía debe determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”.

En sentencia C-1092 de 2003, se declaró exequible el artículo 3 del Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó el artículo 251 superior, e indicó en relación con el principio de autonomía e independencia de los fiscales que:

“en lo que toca con la expresión “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, la Corte advierte que a través de ella se reafirmaron las consecuencias derivadas de la decisión de mantener a la Fiscalía General de la Nación como un órgano que hace parte de la rama judicial del poder público (C.P. arts. 116 -aprobado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002- y 249), **lo que en sí mismo comporta que los fiscales, en su calidad de funcionarios judiciales y en ejercicio de las funciones judiciales que desempeñan, se sometan a los principios de autonomía e independencia predicables de la función judicial, de acuerdo con los artículos 228 y 230 de la Constitución Política y al artículo 5 de la Ley 270 de 1996**, lo que no implica necesariamente una contradicción con el principio de jerarquía sino más bien una precisión sobre su proyección y alcance.” (Subrayado fuera del texto).

Posteriormente, el artículo 5.1.5 del Decreto Ley 16 de 2014, consagró la independencia de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al consagrar que una de sus funciones es “Investigar y acusar, si a ello hubiere lugar, a los servidores con fuero constitucional, previa asignación del Fiscal General de la Nación”.

La función de los Fiscales delegados ante la Corte de investigar y acusar a los aforados constitucionales, es “cuando” así lo disponga (más no “como” así lo disponga) el Fiscal General, quien puede asignar el conocimiento del caso al Delegado, con pleno conocimiento de que tal facultad la realizará el delegado con plena autonomía e independencia judicial.

El Decreto Ley 16 de 2014 estableció los “comités técnico-jurídicos de revisión”, para darle fortaleza a las investigaciones y para consolidar la posición de la entidad bajo principios de unidad de gestión y de jerarquía, pero recuérdese que la misma norma refiere que los comités se realizan “en aplicación del numeral 3 del artículo 251 de la Constitución”, y esta última disposición establece que las decisiones del comité se deben adoptar “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”.

La propia Constitución reafirma que los comités no pueden ser utilizados para subordinar a los fiscales delegados a la voluntad del superior

jerárquico bajo el criterio de unidad de gestión y de jerarquía, sino para dar fortaleza a las investigaciones, buscar unidad de criterio institucional y respetar las posiciones jurídicas establecidas por los superiores jerárquicos dentro de la Fiscalía, pero siempre acatando la autonomía e independencia judicial.

En sentencia C-232 de 2016, se declaró la exequibilidad del siguiente apartado: “Si el fiscal del caso se aparta de la decisión del Comité deberá motivar su posición, la cual será estudiada nuevamente por este. En todo caso, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, prevalecerá el criterio y la posición de la Fiscalía señalada por el Comité, en aplicación del numeral 3 del artículo 251 de la Constitución”.

Podría pensarse que en principio surge una tensión entre los conceptos de autonomía e independencia judicial por un lado y los de unidad de gestión y jerarquía por el otro. Sin embargo, en esa decisión la Corte Constitucional volvió a dejar en claro que, a los Fiscales Delegados, en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales (que aún subsisten) los rigen los principios de autonomía e independencia jurisdiccional, y que sólo están atados a la unidad de gestión y jerarquía administrativa.

Ahora, la delegación es entendida como la facultad de desprenderse y transferir funciones previamente asignadas a una autoridad para radicarlas en cabeza de otra, quien actuará en representación de un órgano. Sus elementos son: “i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; ii) la transferencia de funciones la realiza el órgano titular de la función; iii) la necesidad de la existencia de previa autorización legal; y, iv) el órgano que transfiere puede en cualquier momento reasumir la competencia”.

En este punto debe recordarse que en el Fiscal General recaía exclusivamente la función de investigar y acusar a los aforados constitucionales. Cuando el Fiscal General de 1992 expidió la resolución Nro. 99 de 1992, delegó la función de investigar y acusar a los aforados constitucionales en los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, el Consejo de Estado declaró la nulidad de los artículos 1 y 6 de dicha resolución al considerar que el artículo 251.1 de la Constitución empleó el vocablo especial para calificar las funciones del Fiscal General lo cual

debía entenderse en su sentido gramatical “El vocablo privativo desde el punto de vista jurídico procesal, y en relación con el ejercicio de las competencias y funciones, significa aquellas que son exclusivas y no delegables por parte de su titular.”

Hoy, en virtud del Acto Legislativo 03 de 2002 y el Decreto Ley 16 de 2014, la competencia para investigar a los aforados constitucionales conforme a los artículos 250 y 251, recae en el Fiscal General de forma “preferente” más no “exclusiva”.

Entendidos los cambios normativos y recordando que desde la Constitución 1.991 hasta la fecha, los Fiscales Delegados son independientes jurisdiccionalmente, debe sostenerse que la delegación en el proceso penal conlleva el traslado por parte del Fiscal General de la totalidad de derechos y obligaciones. Lo único que cambia en esa transferencia de funciones es la persona individualmente considerada.

Así lo había esbozado la Corte Suprema desde la providencia del 29 de noviembre de 2012 (radicado 39156):

“Cuando el Fiscal General delega en un Fiscal Delegado ante la Corte la función de investigar y acusar a un funcionario con fuero constitucional, lo único que ocurre es que aquél debe ejercer, en las mismas condiciones y con igual responsabilidad, las funciones de las que es detentador el Fiscal General, pero no por ello se convierte al interior del proceso [en] su inferior funcional”.

Para la Corte es claro que al interior del proceso penal, el Fiscal Delegado por el Fiscal General de la Nación cuenta con autonomía judicial. Y sin desconocer el principio de unidad organizacional, su aplicación no puede socavar el principio constitucional de independencia judicial.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: principio de no retractación de la fiscalía, se vulnera / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: principio de confianza legítima, se vulnera cuando la fiscalía se retracta del acta firmada / **NULIDAD** - Principio de la solución menos traumática: debe redundar en beneficio del procesado / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a la Fiscalía, para que previo a suscribir preacuerdos, los delegados consulten con sus

superiores jerárquicos, con los jefes de las distintas unidades de Fiscalía, o hagan uso de los comités técnicos jurídicos

«Los documentos aportados por la defensa contienen dos situaciones a resaltar, que son fundamentales para la decisión que aquí se adopta conforme a las específicas particularidades de este caso:

- Primera. El preacuerdo contiene los requisitos del escrito de acusación (artículo 337 del CPP /2004), actuación que generó efectos jurídicos, pues lo suscribió un funcionario judicial (Fiscal); en consecuencia, para el 20 de octubre de 2020 (cuando se estamparon todas las firmas), mutó su naturaleza de documento informal a escrito de acusación nacido del consenso. El Fiscal tenía la obligación de ponerlo en consideración de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte de conformidad con los artículos 293 y 350 del CPP /2004.

Si el Fiscal quería separarse del mandato legal, era su obligación justificar su omisión, bien por quebrantar las garantías de las partes o las bases sustanciales del procedimiento, ora por advertir fraude o colusión, sin que esta Sala pueda aceptar la vaga e insustancial excusa de que lo hizo “por razones de Política Criminal” que nunca demostró.

Apelar a la “política criminal” como razón para excluir una actuación de un Fiscal delegado no puede limitarse a la enunciación simple de la frase, ni el concepto puede corresponder al simple pensamiento personal del Fiscal General de turno en un momento determinado. El concepto de cuál es o cuáles son los elementos de “política criminal” que se oponen al preacuerdo celebrado por un delegado, deben estar formalizados, de modo que sean evidenciables y, sobre todo, controlables por parte de la autoridad judicial. Ello también hace parte de la seguridad jurídica y del principio de buena fe y de confianza legítima.

- Segunda. SR, antes de la formulación de imputación reparó integralmente a la víctima, demostrando, y así lo reconoce la Fiscalía, que consignó \$170.019.129, como reintegro del incremento patrimonial percibido como lo establece el artículo 349 del CPP.

Es por esa razón que el apoderado de víctimas solicitó la materialización del preacuerdo, para poder garantizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; además, dejó claro que la

declinación de la Fiscalía lo colocaba nuevamente en un estado de incertidumbre, apreciación que resulta cierta si se tiene en cuenta que, al desistir del preacuerdo en la mentada reunión del 25 de noviembre de 2020, el Fiscal debió indicarle a la víctima que no podía contar con esos recursos económicos y que debía devolver inmediatamente la suma de \$170.019.129 al imputado.

Esa omisión del Fiscal resulta desleal, pues frente al desistimiento del preacuerdo tenía la obligación de retornar las cosas al estadio anterior a como las provocó, vulnerado la estructura del debido proceso (que lo obligaba a presentar el preacuerdo), el derecho del imputado a participar en la resolución de su proceso y quebrantando la confianza legítima depositada en la Fiscalía y los derechos de la víctima pues incumplió su deber de garantizar la reparación (artículo 114.12 del CPP).

Los argumentos adoptados por la Sala Especial de Primera Instancia para negar la nulidad no son de recibo por no ajustarse a las especificidades propias de este caso concreto, porque, como en líneas pasadas se estableció, el documento firmado, donde se registró que SR aceptó los cargos es un verdadero “preacuerdo” cuyas cláusulas cumplió todas el imputado, que por expreso mandato de los artículos 293 y 350 del CPP /2004, debió convertirse en “escrito de acusación”.

Ahora, en relación con los principios ya clarificados de unidad de gestión y jerarquía administrativa, y de autonomía e independencia jurisdiccional, cuando el Fiscal 3° Delegado ante la Corte firmó el preacuerdo actuó dentro sus competencias judiciales y creó una situación jurídica y material que se consolidó en el tiempo y afectó los derechos patrimoniales del imputado y de la víctima.

No es acertada la posición de la Sala Especial de primera instancia al sostener que la firma del preacuerdo se precipitó ante la falta de aprobación y “beneplácito” del Fiscal General, pues recuérdese que la “delegación” le transfiere al Fiscal 3° todas las facultades constitucionales y legales para suscribir el preacuerdo de manera autónoma y bajo los principios de independencia judicial.

Pensar en contravía de estos postulados desconoce los principios de independencia y autonomía judicial y afecta la confianza legítima

que los destinatarios de la ley penal tienen en las instituciones (Fiscalía). [...]

Se vulnera el principio de autonomía e independencia judicial cuando se sostiene que los fiscales delegados, deben firmar el preacuerdo con las partes e intervinientes con la advertencia de que el mismo sólo genera efectos jurídicos cuando sea aprobado por el Fiscal General o el jefe de su unidad.

En todo caso, cualquier control que el Fiscal General de la Nación personalmente o, conforme al artículo 5.5 del Decreto Ley 16 de 2014, a través de los llamados “comités técnico-jurídicos de revisión”, quiera hacer de los preacuerdos, debe ser previo y no posterior a la firma del Delegado junto con el imputado o acusado (y exigirle además el cumplimiento de las obligaciones allí impuestas). Suscrito por las partes e intervinientes, la obligación del Fiscal Delegado es presentarlo como escrito de acusación ante el Juez que corresponda.

Obrar de manera diferente significa banalizar la seriedad que deben tener los preacuerdos como acto jurídico de las partes de un proceso, que al haber sido suscrito por un Funcionario Judicial (Fiscal Delegado) en ejercicio de sus funciones, significa una vulneración directa del principio de confianza legítima.

[...]

La Sala de Casación debe hacer especial énfasis, y específicamente en este caso concreto, que cuando el Fiscal 3° Delegado ante la Corte firmó el preacuerdo lo hizo en calidad de funcionario judicial, lo que también hizo cuando le leyó a JASR sus derechos en presencia de su abogado y le explicó los alcances de la autoincriminación y las consecuencias de renunciar a sus derechos “al hacer alegaciones de culpabilidad”.

El literal d) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004 prohíbe emplear el contenido de los diálogos sostenidos entre las partes para llegar a un preacuerdo cuando este no se perfecciona. Ese mandato legal es claro, y su finalidad está fincada precisamente en el principio de lealtad procesal que debe existir entre las partes.

Aunque la norma garantiza la prohibición de utilizar en contra del indiciado el contenido de las “conversaciones” que se llevaron a cabo para lograr un acuerdo con declaración de responsabilidad, de no adoptarse la decisión que aquí se tomará, resultaría en este caso específico

en que no solo las conversaciones sino el contenido material de un preacuerdo fallido le sería oponible en contra.

La Sala de Casación Penal no puede obviar que la especificidad de este caso da cuenta que por razón del preacuerdo se llegó al punto de exigir, antes de la suscripción del mismo, que el imputado renunciara a ser agregado militar en Chile, que se diera de baja en el Ejército Nacional e indemnizara a la víctima. Además, conforme al artículo 349 del CPP debió consignar la suma de \$170.019.129 como reintegro del incremento obtenido. Estos actos no son simples conversaciones entre las partes, son la concreción material de un preacuerdo que el señor General (r) SR cumplió.

En este caso es forzoso concluir que el Fiscal 3° Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, no tenía la facultad legal de desistir del preacuerdo firmado el 20 de octubre de 2020, por lo que se debe resolver si esa actuación irregular tiene la capacidad de invalidar la actuación, con base en el artículo 457 del CPP de 2004.

Para tal fin, recordemos que la Sala Especial dio una solución excepcional que estimó menos traumática para darle la oportunidad al procesado de aceptar cargos en una audiencia especial donde se estudiaría la “posibilidad” de conceder la rebaja del inciso primero del artículo 351».

Recordando que el defensor presentó su inconformidad exclusivamente sobre la negativa a declarar la nulidad del escrito de acusación, no puede la Sala dejar de indicar que en caso de abstenerse de declarar la nulidad en esta providencia, JASR tendría la posibilidad de aceptar cargos en la audiencia innominada creada por la primera instancia.

Sin embargo, la solución planteada, no se muestra más favorable para los intereses del procesado, y como se estableció en el acápite 7.4., el principio de residualidad que orienta la declaratoria de nulidad, y el principio de solución menos traumática, deben conducir a que entre las variables se opte por la que resulta más beneficiosa al procesado, dentro de un escenario alternativo que sea concreto, no abstracto o especulativo.

Vistas así las cosas, la decisión recurrida no tiene la capacidad de subsanar el yerro ocasionado por la actuación desleal de la Fiscalía en la actuación procesal. Primero, porque en el preacuerdo se

fijaron unas penas en concreto conforme lo autoriza el inciso final del artículo 61 del Código Penal (39 meses y 15 días de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 58 meses y 15 días, y multa de \$386.406.316 pesos), aspecto que en la decisión recurrida se deja librada a la “posibilidad”, entendida como la “Aptitud o facultad para hacer o no hacer algo”.

En el sub examine se deja en una completa incertidumbre a JASR, sobre la pena exacta a imponerse, situación que no se presenta en la restante variante, esta es, la declaratoria de nulidad desde la presentación del escrito de acusación.

Es innegable que cuando el imputado suscribió el preacuerdo no solo quería indemnizar a la víctima y restituir el incremento, sino que además, buscaba una rebaja de pena concreta, lo que no acaece en la solución de la Sala Especial, pues en ésta se le deja al juez (Corte) la facultad de imponer la pena conforme a su especial criterio y a las reglas establecidas en los artículos 60 y 61 del Código Penal. Lo anterior refleja la vulneración a la confianza legítima que tenía SR en la Fiscalía y en la institución jurídica de los preacuerdos.

También se le afectó su patrimonio económico, que a la fecha no se ha resarcido, toda vez que, extraído el preacuerdo y presentado el escrito de acusación, su derecho a la presunción de inocencia vuelve a restablecerse en un 100%, sin que sobre JASR tenga que existir una carga económica en favor del Ministerio de Defensa.

El derecho de defensa igualmente resulta afectado porque SR perdió la posibilidad de allanarse a los cargos en la imputación y no se opusieron a la solicitud de medida de aseguramiento, situaciones no desmentidas por el Fiscal, demostradas al revisar las respectivas audiencias y la constancia del 25 de noviembre de 2020.

La estructura del debido proceso en aspectos sustanciales se quebrantó por no presentarse el preacuerdo como escrito de acusación a la Sala Especial de Primera Instancia como se lo imponen a la Fiscalía los artículos 293 y 350 del CPP de 2004.

Ahora, fijese que si bien fue el abogado de SR el que puso en conocimiento de la Sala Especial la actuación, es innegable que en la audiencia de acusación la Corte terminaría por conocer que el

procesado restituyó los dineros con los cuales incrementó su patrimonio, lo que afectaría gravemente su imparcialidad (artículo 5 de la Ley 906 de 2004).

Ese conocimiento del juez era más que evidente por cuanto en el escrito de acusación la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes en los dos (2) peculados por

apropiación dan cuenta de que es atenuado por el reintegro total establecido en el artículo 401 del Código Penal, pero calla en señalar las circunstancias específicas de ese reintegro. Además, también sería un aspecto conocido al momento de determinar la calidad de víctima del Ministerio de Defensa, de conformidad con los artículos 132 y 340 de la ley 906 de 2004».

LEY 599 DE 2000 - Receptación: se contempla dos conductas punibles bajo este epígrafe / **SUBROGADO PENAL** - Improcedencia: cuando haya sido condenado por los delitos enlistados en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000: aplica para las dos conductas de receptación

La Sala Penal de la Corte resolvió el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia por la cual, el Tribunal Superior de Pasto, confirmó con modificaciones la de primer grado que condenó a CNA por los delitos de receptación y receptación de hidrocarburos, y a MABC únicamente por el segundo de esos ilícitos.

En esta oportunidad, la Corte casó parcialmente la sentencia impugnada por el cargo formulado en la demanda. En consecuencia, negó a MABC la prisión domiciliaria, al considerar que, el Tribunal incurrió en violación directa por interpretación errónea del artículo 68A del Código Penal, al sostener que, la prohibición de subrogados respecto de la receptación no comprende el delito de que trata el artículo 327C ibidem.

Para ello indicó que, el legislador designó con el nombre de receptación dos comportamientos típicos distintos: el descrito en el artículo 327C (adicionado al Código Penal con la Ley 1028 de 2006) y el definido en el artículo 447 (existente desde la redacción original) y ninguno constituye una modalidad subordinada del otro.

Por tanto, la Sala Penal recordó que, se trata de dos tipos penales autónomos; y, ante la claridad que la literalidad del artículo 68A ofrece, es manifiesto que la prohibición de beneficios allí establecida cobija ambos tipos penales.

SP1213-2024(61028) de 22/05/2024

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

Salvamento de Voto:

Gerardo Barbosa Castillo

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En la mañana del 15 de agosto de 2019, en vía pública del municipio de Tumaco, uniformados del Ejército Nacional que realizaban labores de control detuvieron la camioneta en la que se transportaban CNA, quien conducía, y MABC, que iba como pasajera. El vehículo, según se estableció en ese momento, había sido hurtado el 29 de junio anterior en Florida, Valle del Cauca, y en su interior se encontraron 400 galones de hidrocarburos cuyos niveles de marcación, conforme los parámetros establecidos por Ecopetrol, eran de apenas el 3%.

2. En audiencia celebrada el 16 de agosto siguiente ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tumaco, la Fiscalía legalizó la captura de CNA y MABC, a quienes imputó cargos por el delito de receptación, definido en el artículo 327C de la Ley 599 de 2000; al primero; además, por el de idéntico nombre dispuesto en el artículo 447 ibidem.

3. En audiencia de 7 de abril de 2021, la Fiscalía y la defensa presentaron ante el despacho el preacuerdo por virtud del cual los implicados aceptaron la responsabilidad en los delitos imputados a cambio de que se les concediera una rebaja de la tercera parte de la pena imponible.

4. El fallador aprobó el convenio y consecuentemente dictó la sentencia de 4 de mayo de 2021, por la cual condenó a CNA y MABC en los términos pactados. A ambos les negó la prisión domiciliaria por cuanto «la Ley 1453 de 2011 excluyó la receptación de la posibilidad de conceder subrogados, sustitutos y beneficios administrativos, excepto por colaboración eficaz».

5. La defensa apeló la decisión de primera instancia y el Tribunal Superior de Pasto, en providencia de 12 de noviembre de 2021, la revocó parcialmente para, en su lugar, otorgar a MABC la prisión domiciliaria. Afirmó que «el delito de receptación de hidrocarburos, de que trata el artículo 327C sustantivo penal, no se encuentra cobijado por las prohibiciones del artículo 68A del Código Penal», y encontró satisfechos los demás requisitos para la concesión de dicho beneficio.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY - Interpretación: criterios, gramatical / **LEY** - Interpretación: principio de hermenéutica jurídica, si la norma no distingue, no le corresponde al intérprete distinguir / **LEY 599 DE 2000** - Receptación: se contempla dos conductas punibles bajo este epígrafe / **SUBROGADO PENAL** - Improcedencia: cuando haya sido condenado por los delitos enlistados en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000: aplica para las dos conductas de receptación

«El ad quem sostuvo la tesis según la cual el delito tipificado en el artículo 327C de la Ley 599 de 2000 no es de aquellos incluidos en el listado del artículo 68A ibidem.

[...]

La Corte estima que le asiste razón al recurrente (y al fiscal y procurador que coadyuvaron su postura). La expresión «receptación» incluida en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 comprende tanto el delito tipificado en el artículo 447 como en el 327C, de manera que la prohibición de beneficios afecta a quienes sean condenados por cualquiera de esas dos especies típicas. Véase:

El artículo 68A fue incorporado a la Ley 599 de 2000 con la Ley 1142 de 2007. En su redacción original, prohibió otorgar subrogados y mecanismos sustitutivos de la prisión a quienes tuvieren condenas dentro de los cinco años anteriores al asunto juzgado:

«No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que

esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores»

Esa norma fue modificada por el artículo 28 de la Ley 1453 de 2011, con el cual la proscripción se extendió no sólo a quienes tuvieran condenas previas por delitos dolosos, sino también quienes fuesen declarados responsables por ciertos delitos allí señalados:

[...]

El listado de infracciones afectadas con tal prohibición se amplió progresivamente con la promulgación de distintas leyes y, en cuanto interesa enfatizar ahora, con el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 (anterior a los hechos acá investigados), [...]

El criterio hermenéutico primordial que la ley impone a los jueces en la labor de interpretar un determinado precepto, en tanto no ofrezca duda o ambigüedad, es el gramatical. Así lo dispone inequívocamente el artículo 27 de la Ley 57 de 1887: «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu».

El artículo 68A de la Ley 599 de 2000, como se vio, prohíbe otorgar la prisión domiciliaria a quienes sean condenados por el delito de «receptación». El legislador designó con ese mismo nombre dos comportamientos típicos distintos: el descrito en el artículo 327C (adicionado al Código Penal con la Ley 1028 de 2006) y el definido en el artículo 447 (existente desde la redacción original):

[...]

La contrastación entre los dos tipos penales hace evidente que, aunque conceptualmente reprimen una misma conducta esto es, la de ocultar o manejar de distintas maneras bienes producto de un delito se trata de comportamientos independientes, con verbos rectores diferentes y objeto material distinto; incluso, los bienes jurídicos que tutelan son diversos (el orden económico y social, el primero, y la eficaz y recta impartición de justicia, el segundo). Ninguno constituye una modalidad subordinada del otro, puesto que cada uno puede entenderse íntegramente sin necesidad de acudir al restante y no hay entre ellos remisión lógica o normativa alguna.

Se trata, entonces, de dos tipos penales autónomos que, se repite, comparten el mismo

nombre: receptación. Desde esta perspectiva, y ante la claridad que la literalidad del artículo 68A ofrece, es manifiesto que la prohibición de beneficios allí establecida cobija ambos tipos penales.

La hermenéutica gramatical recién propuesta queda reforzada a partir del principio general de interpretación jurídica, estrechamente vinculado con aquélla, conforme el cual «donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete». En efecto, si el listado de delitos excluidos de beneficios erigido en el artículo 68A incluye la «receptación» sin diferenciación alguna, la conclusión que a partir de dicha pauta ha de extraerse es que comprende los dos delitos que así se llaman, no sólo uno de ellos.

[...]

En este asunto, el Tribunal afirmó - y en ello recabó el defensor al pronunciarse sobre la demanda - que si el legislador hubiese querido incluir el artículo 327C en la prohibición aludida así lo habría señalado «de manera clara y precisa». Ello supuso una inadmisibles inversión del principio hermenéutico recién mentado: a la decisión autónoma del Congreso de no realizar distinción alguna entre los dos tipos llamados «receptación» al incluirlos en el artículo 68A no le atribuyó el sentido de prodigar a ambos el mismo tratamiento jurídico, como era lo debido, sino el contrario, asumiendo, sin fundamento, que la ausencia de distinción normativa significa que el Congreso sólo quiso incluir uno de ellos en la proscripción examinada.

El ad quem también arguyó, en sustento de su tesis, que esta Corte ha sostenido repetidamente que el delito de receptación definido en el artículo 447 de la Ley 599 de 2000 está excluido de beneficios por mandato del artículo 68A ibidem. Ello es cierto y no se discute, pero tal aserción no permite concluir que el punible descrito en el artículo 327C no lo esté también. En otras palabras, la afirmación jurisprudencial de que la expresión «receptación» del artículo 68A comprende el artículo 447 no significa que no cubra igualmente el 327C. Por alguna razón que no queda del todo clara a partir de los argumentos plasmados en el fallo impugnado, el juez colegiado entendió que la proscripción de beneficios sólo podía recoger una u otra conducta punible, pero no ambas, como si fueren mutuamente excluyentes. Ello, se reitera, no es así, pues dado que el legislador no distinguió

entre las dos especies típicas, debe entenderse que refirió a ambas.

Y tampoco encuentra la Sala motivos válidos que puedan conducir, en lógicas sistemáticas propias de derecho penal y la política criminal, a realizar la distinción que hizo el Tribunal (y que, se insiste, no hizo el legislador): el delito base tipificado en el artículo 327C está reprimido con pena de 6 a 12 años de prisión y multa de 1000 a 6000 salarios mínimos, mientras que el descrito en el artículo 447, en su modalidad simple, lo está con 4 a 12 años de privación de la libertad y multa de 6.66 a 750 salarios mínimos mensuales. El primero, pues, acarrea penas más altas que el segundo, lo cual indica (en el entendido de que la asignación legal de la consecuencia punitiva depende de la lesividad del injusto) que el legislador le atribuyó una mayor gravedad.

Así, la tesis de la segunda instancia riñe con la comprensión sistemática de la cuestión debatida, pues conlleva la sinrazón de que la prohibición de otorgar la prisión domiciliaria es aplicable a la infracción menos grave e inaplicable, en cambio, a la de mayor entidad.

Ahora, el demandante, en desarrollo del cargo, hace alusión a los antecedentes legislativos del artículo 327C para sostener que el propósito de esa tipificación fue lograr una mayor respuesta represiva contra los delitos relacionados con el tráfico de hidrocarburos y, por ende, sería incongruente admitir que quienes son condenados por su comisión obtengan subrogados.

Sucede, sin embargo, que la controversia no recae sobre la interpretación del artículo 327C del Código Penal sino sobre el 68A ibidem, específicamente, en cuanto fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2004; los precedentes normativos del primero resultan inanes para entender el correcto alcance del segundo. De todas maneras, ninguna necesidad hay de consultar los antecedentes de ese último cuerpo normativo porque, como ya se dijo, ello sólo resulta procedente si el tenor del precepto interpretado es oscuro o ambiguo, lo cual no sucede en este asunto.

Lo que sí resulta relevante es que, revisada la conformación histórica progresiva de los preceptos involucrados en este debate, no existe ninguna razón para suponer que el legislador

quiso sustraer el artículo 327C de la prohibición de subrogados y beneficios.

En efecto, ese tipo penal, según se reseñó antes (§ 3.2) fue consagrado en la Ley 1028 de 2006, época para la cual el artículo 68A no había sido promulgado. Éste se incorporó al Código Penal posteriormente, y fue con la Ley 1709 de 2014 que se incluyó en el listado de delitos excluidos de beneficios el de «receptación». Para ese momento ya existían en la Ley 599 de 2000 los dos delitos denominados «receptación», de modo que la alusión a ese nombre contenida en el artículo 68A está naturalmente dirigida a uno y otro.

Alguna duda podría surgir, quizás, si la tipificación del delito contenido en el artículo 327C hubiese sido posterior a la Ley 1709 de 2014, pues de ser así, la expresión «receptación» del artículo 68A, en su origen, habría estado implícitamente asociada al artículo 447. Ese, sin embargo, no es el caso.

De todos modos, tampoco el contenido material del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 permite suponer que la expresión “receptación” incorporada en el artículo 68A comprende exclusivamente uno de los dos delitos así denominados. Según se vio, el primer precepto modificó el segundo para ampliar el listado de conductas punibles excluidas de beneficios y, en ese cometido, incluyó allí ilícitos de muy variada naturaleza, desde la violencia intrafamiliar hasta la posesión de armas químicas, la usurpación de inmuebles y la rebelión, entre otros. No existe, pues, una relación de afinidad determinada por los bienes jurídicos tutelados por esos tipos penales a partir de la cual pueda sostenerse que dicha prohibición alude únicamente al artículo 447, ora al 327C.

Resta agregar que la interpretación exegética de la expresión «receptación» inserta en el artículo 68A no conduce a un resultado absurdo que haga necesario rechazarla y acudir a otros criterios hermenéuticos. La conclusión que de esa postura se sigue (esto es, que la proscripción comprende tanto el delito del artículo 327C con el del artículo 447) no es ilógica ni riñe con principio superior alguno. La prohibición de otorgar la prisión domiciliaria u otros beneficios a quienes sean condenados por cualquiera de esas dos

infracciones corresponde a una decisión amparada por la libertad de configuración legislativa que la Constitución otorga al Congreso de la República, y la “receptación de hidrocarburos” no es una conducta punible de menguada significación o gravedad, como para sostener que dicha medida es inherentemente desproporcionada o irrazonable. De hecho, la exposición de motivos de la Ley 1028 de 2006, con la cual se adicionó al Código Penal el precitado artículo 327C, pone de presente, tal como lo alegó el actor, que la tipificación de los delitos relacionados con el hurto de hidrocarburos tuvo por fundamento la grave afectación que su comisión ocasiona no sólo a «la riqueza y la economía nacional», sino también «a los habitantes de las regiones donde se perpetran... (y) al ecosistema».

A la anterior postura, el defensor opuso el principio pro homine. Aunque no acompañó tal aserción con desarrollo argumentativo alguno, puede entenderse que, en esencia, quiso invocar la pauta de interpretación favorable, connatural al derecho punitivo, según la cual cuando un determinado precepto admita dos o más interpretaciones igualmente plausibles el juez debe optar por la que resulte más propicia a los intereses del procesado. Tal criterio, sin embargo, ninguna cabida tiene en lo que acá se discute, pues la expresión «receptación» contenida en el artículo 68A sólo tiene una hermenéutica válida.

Además, la tesis del ad quem y el defensor (esto es, que la prohibición de beneficios solo cobija la receptación del artículo 447 del Código Penal) no es en realidad más favorable que la asumida por el a quo (por la cual propugnan el demandante y quienes coadyuvaron su pretensión), pues el carácter benigno o restrictivo de una u otra dependerá de cada caso concreto: para el acusado por la conducta tipificada en el artículo 447 de la Ley 599 de 2000 resultaría más beneficioso sostener que la proscripción sólo cobija el ilícito del artículo 327C, y viceversa. Dado que el ejercicio de interpretación jurídica tiene por objeto extraer el sentido inmanente de un precepto normativo el cual no puede variar en cada proceso según la naturaleza del delito investigado tal argumento debe desestimarse».

DELITOS ESPECIALES - Autoría mediata: el extraneus no puede ser autor mediato de un injusto especial / **DELITOS ESPECIALES** - Autoría mediata: el autor mediato y el sujeto instrumentalizado deben tener la misma calidad exigida por el tipo / **INTERVINIENTE** - Es autor / **INTERVINIENTE** - No se configura: cuando no existe autor material / **PARTICIPACIÓN** - No se configura: si no existe el autor material

La Sala Penal resolvió el recurso de casación interpuesto por el defensor de JIL y JFNZ, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, mediante el cual confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Santander de Quilichao, que los condenó, en calidad de intervinientes, penalmente responsables del delito de peculado por apropiación agravado, en concurso heterogéneo con el reato de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Corte casó parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de declarar la extinción de la acción penal, por prescripción, a favor de MLVS, JIL y JFNZ, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y, en consecuencia, ordenó la preclusión de la actuación seguida en su contra.

Igualmente, modificó el fallo condenatorio de segundo grado proferido contra JFNZ, HJBL y JIL, condenándolos como coautores responsables del delito de estafa agravada, a 85 meses y 29 días de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa por la suma de \$209'850.243.

Para el efecto, la Sala de Casación Penal analizó la figura de la participación, específicamente la del interviniente, concluyendo que, para que pueda responder como coautor de un delito de infracción de deber, es imprescindible que se demuestren los elementos propios de la coautoría; esto es, que se encuentre acreditada más allá de toda duda razonable, la existencia de un acuerdo o plan común entre el intraneus y el extraneus, en el que cada uno desempeñe una tarea específica trascendente para la consecución del fin propuesto, que exige que todos actúen con conocimiento y voluntad orientada a la realización de un mismo objetivo delictivo.

Sobre el tema, explicó que, una cosa es que no se logre identificar o juzgar al autor especial o sujeto activo calificado que ha cometido el delito junto con el particular, y otra muy distinta es que en la comisión del delito no haya concurrido dolosamente el autor especial o sujeto activo

calificado, pues, en este último evento, no puede haber lugar a la figura del interviniente, en tanto, ésta exige necesariamente la concurrencia dolosa de ambos.

Sin embargo, en este caso se demostró que MLVS no realizó el delito en conjunción de voluntades con JFNZ, HJBL y JIL, a tal punto que fue absuelta en ambas instancias por el reato de peculado por apropiación agravado, al encontrarse acreditado, más allá de toda duda razonable, que estaba convencida de que la propuesta de inversión presentada por los procesados era seria, segura, confiable, rentable y beneficiosa para el hospital que gerenciaba, como consecuencia del engaño del que fue víctima.

Por lo expuesto, la Sala concluyó que JFNZ, HJBL y JIL, no pueden ser tenidos como intervinientes responsables del delito de peculado por apropiación agravado, sino como autores del punible de estafa agravada.

SP1281-2024(57851) de 29/05/2024

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Salvamento de voto:

Gerson Chaverra Castro

Aclaración de voto:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Entre los meses de mayo y octubre de 2008, MLVS ocupaba el cargo de gerente (e) de la Empresa Social del Estado Hospital Francisco de Paula Santander, de Santander de Quilichao. A su vez, HJBL, ejercía la función de gerente y accionista mayoritario de la sociedad P s.a.; JFNZ se desempeñaba como asesor comercial de P s.a.; y JIL, se desempeñaba como gerente de inversión de la sociedad comisionista de bolsa S s.a.

2. HJBL, JFNZ y JIL idearon un plan criminal dirigido a engañar a MLVS, con la única finalidad de apropiarse de los dineros del hospital que ella gerenciaba. Así, HJBL y JFNZ desplegaron múltiples y variadas estrategias con las que transfiguraron la verdad, con la intención de hacerle creer a MLVS, que a través de la empresa P s.a., podía invertir los excedentes de liquidez del hospital que gerenciaba, en la adquisición de productos del mercado público de valores.

3. MLVS, producto de los engaños a los que fue sometida, estaba convencida de que la propuesta de inversión presentada por HJBL y JFNZ era seria, segura, confiable, rentable y beneficiosa para el hospital. Como consecuencia del error en el que fue inducida, les entregó un cheque por valor de \$250'000.000 y un CDT por la suma de \$400'000.000, el cual fue vendido días más tarde por JIL en el mercado público de valores de manera abiertamente ilegal, por un precio de \$401'712.000, dinero que fue consignado en una cuenta bancaria de P s.a., para un total de \$651'712.000.

4. HJBL, JFNZ y JIL, en lugar de destinar el total del dinero entregado por el Hospital en la adquisición de un Título de Tesorería TES, conforme la propuesta de inversión que le habían presentado a MLVS, sólo destinaron la suma de \$334'807.916 para tal propósito, de modo que se apropiaron del saldo restante.

5. En ese periodo, por consecuencia de lo pactado y para soportar la permanencia del engaño en el tiempo, HJBL y JFNZ, a título de supuestos intereses del TES, entregaron al hospital, en varias cuotas, la suma de \$37'104.480.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PARTICIPACIÓN - Clases: Interviniente, determinante y cómplice, diferencias / **INTERVINIENTE** - Evolución jurisprudencial: interpretación y aplicación de la figura jurídica / **INTERVINIENTE** - En delitos especiales o de sujeto activo calificado: responde como coautor cuando se acreditan los elementos de esa figura jurídica / **INTERVINIENTE** - En delitos especiales o de sujeto activo calificado: permite juzgar bajo la misma cuerda a quien no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, coejecuta la conducta con quien las ostenta / **INTERVINIENTE** - En delitos especiales o de sujeto activo calificado: no resulta indispensable demostrar los pormenores del acuerdo entre los intraneus y extraneus / **INTERVINIENTE** - Es autor / **DELITOS ESPECIALES** - Interviniente: lo relevante es que se encuentre probada la concurrencia de un autor intraneus en la comisión de la conducta y el aporte del particular extraneus / **DELITOS ESPECIALES** - Interviniente: el extraneus puede ser imputado así no se hubiere establecido la identidad del funcionario ejecutor del ilícito / **DELITOS ESPECIALES** - Autoría mediata: el intraneus

puede actuar como autor mediato respecto de un extraneus o de otro intraneus / **DELITOS ESPECIALES** - Autoría mediata: el extraneus no puede ser autor mediato de un injusto especial / **DELITOS ESPECIALES** - Autoría mediata: el autor mediato y el sujeto instrumentalizado deben tener la misma calidad exigida por el tipo / **COAUTORÍA MEDIATA** - Elementos: objetivos, requiere que la repartición de las tareas o roles esenciales para su ejecución pueda ser llevada a cabo de manera personal y a través de otros individuos a los que se utiliza para tal fin

«[...] se tiene que el interviniente es el particular -extraneus- que, sin reunir las calidades exigidas en el tipo penal especial, concurre a la realización de la conducta con dominio del hecho, como coautor o coejecutor con el sujeto activo calificado -intraneus-, sólo que, por no reunir las calidades especiales del tipo, se hace acreedor a una rebaja de la pena, en una cuarta parte.

Por lo tanto, los partícipes -el determinante y el cómplice- en ningún caso, podrán hacerse acreedores a la rebaja punitiva de una cuarta parte prevista en el inciso 4º del artículo 30 del Código Penal, porque ella solo tiene lugar para el interviniente.

Para que el interviniente pueda responder como coautor de un delito de infracción de deber, que exige un sujeto activo calificado o especial, es imprescindible que se demuestren los elementos propios de la coautoría entre el extraneus y el intraneus, esto es, acuerdo, división de funciones y trascendencia del aporte, pues, de lo contrario, no podría tenerse como autor a quien no reúne las calidades exigidas en el tipo penal.

Ahora bien, la Corte de manera pacífica y reiterada ha sostenido que, en los delitos de infracción de deber, es perfectamente viable que se emita una condena en contra del interviniente pese a que no se haya definido procesalmente la identidad del intraneus, porque lo relevante es que se encuentre probada la concurrencia de este último en la comisión de la conducta punible y el aporte del extraneus en la misma.

[...]

Como se ve, entonces, la Corte ha diferenciado dos situaciones: la primera, cuando, no concurre en la realización de la conducta el coautor especial, es decir, el sujeto calificado, evento en el que no es posible predicar la existencia del interviniente, pues, como se vio, tal figura exige la acreditación de los elementos de la coautoría

entre el intraneus y el extraneus; y, la segunda, cuando pese a encontrarse acreditados todos los elementos de la coautoría entre el sujeto calificado y el particular, no es posible la identificación o judicialización del intraneus, evento en el que nada impide que el interviniente responda por la conducta en tal calidad, porque lo determinante es que la conducta haya sido realizada con participación de ambos.

[...]

Sin embargo, la Corte explicó que el extraneus no puede ser autor mediato de un delito especial, «porque adolece del elemento personalísimo del tipo, que, en el caso de los funcionarios públicos, está atado a un deber de fidelidad, como expresión del contenido antijurídico social-ético del hecho». De modo que, «para que se concrete el supuesto de la autoría mediata en un delito especial como el de peculado por apropiación, se requiere que tanto el autor mediato -que aquí es de carácter plural- como el sujeto instrumentalizado tengan la misma cualidad exigida por el tipo».

CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Artículo 335: Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley / **MERCADO DE VALORES** - Producto estructurado: concepto / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Excedentes de liquidez: las entidades públicas solo pueden invertirlos en Títulos de Tesorería TES, Clase "B" / **CONTRATO DE CORRETAJE DE VALORES** - Concepto / **CONTRATO DE CORRETAJE DE VALORES** - Servicios de intermediación: requisitos, inscripción en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores y vinculación a un intermediario de valores autorizado

«La Corte no advierte ningún error en el proceso de valoración probatoria que adelantó el Tribunal, en tanto, analizó los medios de convicción válidamente incorporados a la actuación y se ciñó de manera estricta a sus contenidos, sin que hubiera incurrido en distorsión alguna, a más que atendió a cabalidad los parámetros de la sana crítica, que garantizan el proceso de persuasión racional.

El error en el que sí incurrió el Tribunal ocurrió al momento de aplicar la norma jurídica llamada

a regular el caso, a partir de los supuestos fácticos que se encuentran acreditados más allá de toda duda razonable, aspectos que serán examinados, con profundidad, a continuación.

[...] pese a que uno de los objetos sociales de la empresa P, reseñaba la posibilidad de desarrollar operaciones de corretaje de valores, la empresa nunca estuvo habilitada por la Superintendencia Financiera de Colombia, para realizar esa actividad ni ninguna otra que implicara la intermediación en el mercado de valores.

El artículo 335 de la Constitución Política establece que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra que se relacione con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, son de interés público y, por ende, única y exclusivamente pueden ser realizadas por las personas y entidades expresamente autorizadas por la Ley.

Las actividades en cita, además, están sometidas a la inspección, vigilancia y control de la hoy Superintendencia Financiera de Colombia - mediante el Decreto 4327 del 2005 se fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominó Superintendencia Financiera de Colombia-, con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

[...]

En el anterior contexto normativo, se tiene que P no era una entidad sujeta a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia, de modo que, para que pudiera realizar las actividades de intermediación en el mercado público de valores permitidas a las entidades no vigiladas, es decir, operaciones de corretaje de valores y operaciones habituales de adquisición o enajenación de valores ejecutadas directamente y por cuenta propia, tal y como se anunciaba en el objeto social de la compañía, debía inscribirse en el RNAMV y acreditar su membresía a un organismo Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia; sin embargo, estas exigencias jamás fueron cumplidas.

[...]

En consecuencia, como P no logró su inscripción en el Registro Nacional de Agentes del Mercado

de Valores, no estaba autorizada para desarrollar las operaciones de corretaje y actividades habituales de adquisición o enajenación de valores, ejecutadas directamente y por cuenta propia; hecho que era ampliamente conocido por HJBL, en tanto, fue él mismo quien renunció al referido trámite.

Además, HJBL y JFNZ, no estaban inscritos en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores -RNPMV-, sencillamente, porque P. no estaba autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, para desarrollar ninguna actividad de intermediación en el mercado público de valores, requisito sin el cual no es posible el registro de los profesionales; lo que significa que los procesados no estaban habilitados para promocionar u ofrecer los productos y servicios del mercado público de valores.

Con esta claridad, en el presente asunto aparece probado que entre los meses de abril y mayo del 2008, DFDD, quien se desempeñaba como secretario privado del gobernador del Cauca y fungía como presidente del Consejo Directivo de la E.S.E. Hospital FPS, y MERR, tesorera del ente territorial, le recomendaron a MLVS, que invirtiera los excedentes de liquidez que tenía el hospital gerenciado por esta, a través de las empresas S y P, con la finalidad de que los rendimientos obtenidos fueran invertidos en el programa bandera del departamento: “Cauca sin Hambre”.

La razón de tal recomendación obedeció a que la gobernación del Cauca, durante los meses de marzo y mayo de ese mismo año, había invertido cuantiosas sumas de dinero en la supuesta adquisición de Títulos de Tesorería, TES, con la promesa que le generarían importantes réditos al ente territorial, por intermedio de las nombradas empresas y previa propuesta de inversión presentada por JFNZ.

Fue en virtud de tal recomendación y por la experiencia de inversión que había realizado el departamento, que hasta ese momento se mostraba como segura, rentable y confiable, que MLVS, un día del mes de mayo del 2008, recibió en su oficina a JFNZ, quien se presentó como recomendado de la gobernación y representante de las empresas “aliadas” P y S, oportunidad en la que le habló sobre una posibilidad de inversión en el mercado público de valores, que luego formalizó por escrito.

[...] los artículos 2.7.1.1., del Decreto 1796 de 2008, y 2.35.1.1.1., del Decreto 2555 de 2010, definen el producto estructurado como aquel que «Está compuesto por uno o más instrumentos financieros no derivados y uno o más instrumentos financieros derivados, los cuales pueden ser transferibles por separado o no y tener contrapartes diferentes o no, por cada uno de los instrumentos financieros que lo componen. Cuando al menos uno de sus componentes tenga la calidad de valor, el producto estructurado también tendrá la calidad de valor».

[...] el artículo 1° del Decreto 1525 de 2008 dispone que «Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 29 del Decreto 359 de 1995, los establecimientos públicos del orden nacional y las entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos, deben invertir sus excedentes de liquidez originados en sus recursos propios, administrados, y los de los Fondos Especiales administrados por ellos, en Títulos de Tesorería TES, Clase "B" del mercado primario adquiridos directamente en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en adelante DGCPN»

[...]

En conclusión, la propuesta de inversión presentada por HJBL y JFNZ, a MLVS, el 20 de mayo de 2008, es engañosa porque: (i) los procesados se presentaron ante MLVS, como gerente y asesor financiero de una sociedad corredora de valores, cuando la realidad era que P no tenía esa calidad; (ii) ofrecieron una operación de intermediación y productos y servicios exclusivos del mercado público de valores, sin que la empresa, ni ellos, estuvieran legalmente autorizados para ese efecto; (iii) mimetizaron lo que en realidad era un mutuo o préstamo de dinero, introduciendo conceptos y productos exclusivos del mercado público de valores, a fin de que MLVS creyera falsamente que lo ofrecido era una inversión en el mercado bursátil; y (iv) ofrecieron una garantía engañosa, en tanto, no tenía la virtualidad de asegurar la inversión y su cumplimiento.

[...]

El defensor de JIL refiere que MLVS -gerente del hospital-, y JFNZ y HJBL -asesor y gerente de P, respectivamente-, celebraron un contrato de mutuo, negocio jurídico en el que ninguna participación tuvo su representada, razón por la que no se le puede endilgar ninguna responsabilidad, más aún, cuando su intervención ocurrió después de que el contrato de mutuo se encontrara perfeccionado.

Esta es una postura imprecisa del defensor, pero contraria al contenido de las pruebas, en tanto desconoce que, precisamente, una de las maniobras engañosas desplegadas por JFNZ y HJBL consistió en mimetizar lo que en realidad era un mutuo o préstamo de dinero, bajo el ropaje de una operación exclusiva del mercado público de valores, a fin de que MLVS creyera falsamente que lo ofrecido era una inversión en el mercado bursátil y, así, procediera a disponer de los dineros del hospital.

[...] las maniobras engañosas no cesaron allí. En efecto, MLVS manifestó que otro hecho que le generaba confianza, consistía en que P puntualmente le pagaba los intereses a los que se había comprometido en la supuesta propuesta de inversión, durante el tiempo que ella permaneció en el cargo y meses después, lo que generó en ella seguridad y seriedad.

[...]

Este documento es importante porque revela que, del dinero apropiado -\$316.904.084-, los procesados le entregaron al hospital, por concepto de intereses, la suma de \$37.104.480, monto que debe ser restado a la primera cifra, por lo que, el valor que finalmente afectó el patrimonio del establecimiento oficial corresponde a la suma de \$279.799.604.

[...]

En conclusión, en este asunto se encuentra probados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

- HJBL y JFNZ desplegaron múltiples y variadas estrategias con las que transfiguraron la verdad, con la única intención de hacerle creer equivocadamente a MLVS, que a través de la empresa P., podía invertir los excedentes de liquidez del hospital que gerenciaba, en la adquisición de productos del mercado público de valores.

- MLVS estaba convencida de que la propuesta de inversión presentada por HJBL y JFNZ, era seria,

segura, confiable, rentable y beneficiosa para el hospital, como consecuencia del engaño del que fue víctima por los artificios desplegados con específica finalidad, a lo que se unió el hecho de que el secretario privado del gobernador, quien también fungía como presidente del Consejo Directivo del Hospital, y la tesorera de la gobernación del Cauca, le recomendaron e insistieron en que realizara la inversión, porque esa entidad territorial ya la había hecho con las mismas personas y empresas, con altos rendimientos financieros.

Como consecuencia del error en el que fue inducida, MLVS les entregó a JFNZ y HJBL, un cheque por valor de \$250.000.000, y un CDT por la suma de \$400.000.000, el cual fue vendido días más tarde por JIL, en el mercado público de valores de manera abiertamente ilegal, por un precio de \$401.712.000, dinero que fue consignado en una cuenta bancaria de P., para un total de \$651.712.000.

De ese dinero, JFNZ, HJBL y JIL, afectaron el patrimonio del hospital, ingresándola a su pecunio, en la suma de \$279.799.604».

PARTICIPACIÓN - No se configura: si no existe el autor material / **INTERVINIENTE** - No se configura: cuando no existe autor material / **ESTAFA AGRAVADA** - Se configura / **PECULADO CULPOSO** - Se configura

«Frente a este escenario fáctico y probatorio, no cabe duda de que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del inciso final del artículo 30 del Código Penal, al concluir que JFNZ, HJBL y JIL, debían responder penalmente por el delito de peculado por apropiación agravado, en calidad de intervinientes.

Como se vio en el capítulo anterior, para que el interviniente pueda responder como coautor de un delito de infracción de deber, que, como se sabe, exige un sujeto activo calificado o especial en quien recae un deber específico cuya infracción fundamenta la autoría, es imprescindible que se demuestren los elementos propios de la coautoría, esto es, que se encuentre acreditada más allá de toda duda razonable, la existencia de un acuerdo o plan común entre el intraneus y el extraneus, en el que cada uno desempeñe una tarea específica trascendente para la consecución del fin propuesto, que exige que todos actúen con conocimiento y voluntad

orientada a la realización de un mismo objetivo delictivo.

Dicho esto, no hay ninguna duda de que JFNZ, HJBL y JIL, para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, no eran servidores públicos ni tenían la disposición -jurídica y /o material- de los bienes del hospital FPS, por lo que, en principio, no podrían ser tenidos como coautores del delito de peculado por apropiación agravado, por no reunir las calidades exigidas en el tipo penal para el autor.

Lo anterior, a menos que se acreditara que JFNZ, HJBL y JIL -extranei- co-ejecutaron el delito con el sujeto activo especial o calificado que, para este caso concreto, era MLVS, en tanto, en su condición de gerente (E) de la Empresa Social del Estado Hospital FPS, era servidora pública y tenía la disponibilidad jurídica de los bienes de la entidad que gerenciaba -intraeus-; único evento en el que los tres primeros podrían ser llamados a responder por el delito de peculado por apropiación agravado, en calidad de intervinientes, y VS como autora de ese mismo reato.

Sin embargo, en este caso se demostró que MLVS no realizó el delito en conjunción de voluntades con JFNZ, HJBL y JIL, a tal punto que la primera fue absuelta en ambas instancias por el reato de peculado por apropiación agravado, luego de considerar que el acto de disposición de los dineros del hospital no fue doloso ni mucho menos producto de un acuerdo criminal con los extranei, sino como consecuencia de un ardid ideado por estos.

Es decir, en este caso el Tribunal descartó, de manera acertada, que MLVS -intraeus- y JFNZ, HJBL y JIL -extranei-, se hubiesen puesto de acuerdo para apropiarse de los bienes del hospital FPS; por lo que, ante la ausencia de este requisito inherente de la coautoría, que para el caso implica la inexistencia de un autor especial doloso -intraeus-, no resulta jurídicamente viable tener a los extranei como intervinientes.

[...]

Como se ve, entonces, una cosa es que no se logre identificar o juzgar al autor especial o sujeto activo calificado que ha cometido el delito junto con el particular, y otra muy distinta es que en la comisión del delito no haya concurrido dolosamente el autor especial o sujeto activo calificado, pues, en este último evento, que es precisamente el que se presenta en este caso

respecto de MLVS, no puede haber lugar a la figura del interviniente, en tanto, como ya quedó suficientemente ilustrado, ésta exige necesariamente la concurrencia dolosa de ambos.

Por lo expuesto, JFNZ, HJBL y JIL, no pueden ser tenidos como intervinientes responsables del delito de peculado por apropiación agravado.

En realidad, la conducta cometida por JFNZ, HJBL y JIL, se adecúa perfectamente al delito de estafa agravada descrito en los artículos 246 y 267 numeral 1° y 2° del Código Penal, en tanto, se encuentran verificados todos los elementos estructurales de este reato, a saber, a) despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima o a mantenerla en el equívoco; b) error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid; c) obtención, por ese medio, de un provecho ilícito; d) perjuicio correlativo de otro; e) sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno; (f) sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y; (g) sobre bienes del Estado.

Y, la desplegada por MLVS, al reato de peculado culposo previsto en el artículo 400 ídem, tal y como lo consideraron los jueces de instancia».

CASACIÓN - Variación de la calificación jurídica: de peculado a estafa agravada / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala casa la sentencia para en su lugar cambiar el delito por el que se emitió condena

«[...] resulta jurídicamente posible variar la calificación jurídica en la sentencia, a fin de adecuar los hechos imputados al delito que realmente se configura, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes (SP, 27 jul. 2007, Rad. 26468; CSJ SP17352-2016, Rad. 45589). Con base en lo anterior, a continuación, se examinará cada uno de estos supuestos, de cara al caso concreto, a fin de determinar si es jurídicamente posible variar la calificación jurídica de peculado por apropiación agravado a estafa agravada.

[...]

Una vez examinadas las tres audiencias preliminares, la Sala advierte las siguientes similitudes: (i) a los procesados se les atribuyó la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo con el reato de peculado por apropiación agravado -por la cuantía-, a MLVS, en calidad de autora, y a los otros como intervinientes; (ii) los procesados no aceptaron los cargos enrostrados; (iii) pese a que las audiencias se llevaron a cabo en fechas distintas, el delegado de la fiscalía narró los hechos jurídicamente relevantes de manera similar en las tres diligencias; y, (iv) el delegado de la Fiscalía entremezcló los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de imputación, lo que indiscutiblemente conspiró contra la claridad y brevedad que debe caracterizar este acto procesal; sin embargo, a los implicados se les brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica de los mismos, por lo que se cumplió el objetivo de las audiencias.

[...]

La anterior lectura deja en evidencia, sin ninguna duda, que los hechos jurídicamente relevantes narrados en la audiencia de formulación de imputación, daban cuenta, desde un inicio, de que HJBL, JFNZ y JIL idearon y ejecutaron en forma pre acordada y mancomunada, un plan criminal dirigido a engañar a MLVS, con la única finalidad de apropiarse de los dineros del hospital que ella gerenciaba, en aras de obtener un provecho económico, con detrimento del patrimonio de la entidad estatal, y que, para la consecución del fin común propuesto, cada uno de ellos realizó un aporte esencial.

Además, se extracta de allí que MLVS dispuso de los dineros del hospital, no para que HJBL, JFNZ y JIL, se apropiaran ilícitamente de ellos, sino, convencida de que realizarían inversiones en el mercado público de valores, con lo cual, desde la imputación misma se descartó que ML hiciera parte del contubernio criminal.

Así, el compromiso de ML se hizo consistir en que: (i) no se asesoró en debida forma acerca de la inversión propuesta; (ii) se conformó con la respuesta suministrada por la tesorera de la gobernación del Cauca, quien le dijo que esa entidad había hecho la misma inversión con P., por lo que procedió a hacer lo mismo; (iii) no

adelantó ninguna labor dirigida a constatar qué clase de empresa era P. y si se trataba o no de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia; y, (iv) entregó el dinero para la adquisición de una nota estructurada, pese a que sólo estaba autorizada para invertir los excedentes de liquidez en la adquisición de títulos TES, clase “B”, en el mercado primario o secundario, a través de un intermediario autorizado, o en Certificados de Depósito CDT, expedidos por entidades de alta calificación crediticia.

Pese a que los comportamientos reprochados a MLVS, daban cuenta, de un lado, que no se cohonestó con HJBL, JFNZ y JIL, para defraudar las arcas del estado y que no les entregó los dineros del hospital con el ánimo de que ellos se los apropiaran, sino para que los invirtieran en la forma por ellos propuestas; y, de otro, de un actuar imprudente y negligente que condujo a que éstos se apropiaran ilícitamente de los dineros del hospital, el fiscal descartó que VS hubiese actuado con culpa [...]

Entonces, si el delegado de la Fiscalía descartó desde el momento en que planteó su hipótesis fáctica, que MLVS hubiese actuado con conocimiento y la voluntad (dolo) de propiciar que HJBL, JFNZ y JIL, se apropiaran ilícitamente de los dineros del hospital, no podía pregonar la existencia de un comportamiento doloso respecto de ella.

En consecuencia, los hechos jurídicamente relevantes han permanecido intangibles e inmutables desde la audiencia de formulación de imputación, hasta la sentencia.

Lo que aquí ocurrió, es que el fiscal realizó una errada adecuación jurídica, pues, los hechos atribuidos durante toda la actuación procesal se adecuaban a los delitos de estafa agravada y peculado culposo, respecto de HJBL, JFNZ y JIL, y MLVS, respectivamente.

[...]

Cumplidos como están todos los requisitos previstos en la jurisprudencia para variar la calificación jurídica en la sentencia, a fin de adecuar los hechos imputados al delito que realmente se configura, la Corte variará la calificación jurídica, a fin de condenar a JFNZ, HJBL y JIL, en calidad de coautores penalmente responsables del delito de estafa agravada».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Archivo de las diligencias: procedencia, presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: deberes de la Fiscalía, no emitir consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni sobre causales de exclusión de responsabilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: titular de la acción penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: atipicidad de la conducta, elementos para su configuración / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de consunción

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación presentado por la Fiscalía contra la sentencia, mediante la cual la Sala de decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Valle del Cauca), conjueces, absolvió al doctor SFF -Fiscal 27 Seccional de Buga-, por el delito de prevaricato por acción.

La Corte confirmó la providencia recurrida, argumentando que no se demostró que el procesado, en cumplimiento de sus funciones, haya proferido resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley; ya que, la única decisión válida a adoptar en el caso concreto era, como lo hizo, archivar las diligencias.

En efecto, se requería la presencia de la querellante para que procediera a apoyar lo relacionado con la precisión de los hechos, tal como ocurría con la demostración material de los objetos que sustentan el delito de abuso de confianza; aspectos sin los cuales no era posible convocar a audiencia de conciliación y proseguir con la actuación penal.

Finalmente, la Sala clarificó que, cuando la Fiscalía cuenta con los elementos para terminar el proceso por vía de archivo de las diligencias o solicitud de preclusión de investigación no siempre se requiere de la aplicación, el uso y contenido del programa metodológico.

SP1297-2024(59688) de 29/05/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de agosto de 2014, en desempeño de funciones de Fiscal 27 seccional de Buga (Valle del Cauca), SFF ordenó el archivo de la querrela presentada por BLMP, en contra de JMMB y BJE, por el delito de abuso de confianza.

2. La decisión de archivo fue proferida por el Fiscal por «falta de colaboración o interés del sujeto pasivo de la acción penal», después de haberse citado a la querellante para diligencia de ampliación, sin que ella hubiese comparecido.

3. El archivo provisional se emitió sin el establecimiento previo de programa metodológico, lo que habría impedido que fuesen libradas órdenes a policía judicial para llevar a cabo los actos investigativos correspondientes, y sin llamamiento a conciliación, conforme a la reglado en el artículo 522 de la Ley 906 de 2004 (por tratarse de un delito querrelable). Además, porque el Fiscal procesado no acudió ante el juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la investigación por caducidad de la querrela, en la medida que de la información obtenida se infiere que los hechos ocurrieron entre los años 2009 y 2010, y la querrela se presentó hasta el 2014; cuatro años después de la ocurrencia del presunto delito.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: titular de la acción penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, sólo cuando la conducta no configura los elementos objetivos de un delito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: diferencia con otras formas de terminación anticipada del proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: deberes de la Fiscalía, no emitir consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni sobre causales de exclusión de responsabilidad

«El artículo 79 de la Ley 906 de 2004, establece que, «cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación», sin perjuicio de poder disponer la reanudación del proceso si surgieran nuevos elementos probatorios, siempre y cuando no se haya extinto la acción penal. Sobre este concepto, la jurisprudencia constitucional, al realizar control de constitucionalidad, manifestó:

«En el archivo de las diligencias no se está en un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, pues para que se pueda ejercer dicha acción se deben dar unos presupuestos

mínimos que indiquen la existencia de un delito (...). Pero para poder ejercer la acción penal deben darse unos presupuestos que indiquen que una conducta sí puede caracterizarse como un delito. Por lo tanto, cuando el fiscal ordena el archivo de las diligencias en los supuestos del artículo 79 acusado, no se está ante una decisión de política criminal que, de acuerdo a unas causales claras y precisas definidas en la ley, permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito» (Corte Constitucional, C-1154, 15 nov. 2005).

[...]

Entonces, si bien es cierto la Fiscalía cuenta en principio con la obligación de investigar y acusar a los responsables de una conducta punible, también lo es que, en aquellos casos en los que no existan motivos o circunstancias fácticas que posibiliten su caracterización como delito o su existencia, podrá ordenar el archivo de las diligencias. Sin perjuicio de esta facultad, es necesario precisar la aplicación condicionada de esta figura, por tanto, «no le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad». Su competencia implica la constatación fáctica de aquellos mínimos elementales en cualquier investigación, que establezcan la posible existencia material del hecho y su carácter aparentemente delictivo.

Esta actuación, no se entiende «como un pronunciamiento judicial concluyente, preclusivo y definitivo frente a la acción penal por parte del Estado, sino como una simple suspensión de la indagación por inexistencia de la conducta investigada o por atipicidad objetiva de la misma y que, por lo tanto, no reviste el carácter de cosa juzgada» CSJ, SP4513-2018, 17 oct., rad. 51885.

[...]

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia concretó:

(i) en cuanto a los sujetos: la imposibilidad de encontrar al sujeto pasivo de la acción [para que

comparezca con la finalidad de aclarar o suministrar información suficiente dirigida a orientar la investigación en la consecución de las pruebas demostrativas de los hechos]; la imposibilidad de establecer quién es el sujeto activo de la acción, y cuando el sujeto se encuentra en imposibilidad fáctica o jurídica de ejecutar la acción;

(ii) en cuanto a la acción: cuando la acción es atípica porque no se observa la acomodación exacta de una conducta a una definición expresa, cierta, escrita, nítida e inequívoca de la ley penal, pero sólo en cuanto a lo que resulte evidente e indiscutible, y cuando el hecho no puede ser atribuido a una acción u omisión de un ser humano;

(iii) en cuanto al resultado: cuando el resultado no se puede verificar ontológicamente y, en los delitos de peligro concreto y peligro abstracto, siempre y cuando objetivamente no se haya verificado el resultado, y

(iv) otros elementos: en cuanto a la relación de causalidad, en aquellos supuestos en los que de acuerdo al estado de la ciencia resulta imposible señalar que una acción concreta sea la generadora de un resultado; cuando se trata de un delito imposible; cuando se refiere a un delito querellable que es objeto de conciliación; y cuando en un delito de omisión impropia o comisión por omisión es evidente que el sujeto no tiene la calidad de garante.

Por lo anterior, reitera la Corte que, la naturaleza jurídica del archivo a que se hace referencia es la provisionalidad y en este punto se diferencia de otras formas de terminación del proceso penal que contempla la Ley 906 de 2004. Motivo por el cual la orden de archivo de las diligencias debe comunicarse a la víctima y el Ministerio Público; de este modo, garantizar la oportunidad para solicitar el desarchivo de estas y la continuidad del trámite procesal correspondiente, cuando (i) se observan nuevos elementos materiales de prueba o evidencia física, o (ii) se demuestre que la orden no procedía, por no cumplirse con alguno de los presupuestos previstos en la ley».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación: atipicidad de la conducta, incluye las categorías objetiva y subjetiva / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: atipicidad de la conducta, elementos para su configuración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la

investigación: atipicidad objetiva de la conducta / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: atipicidad subjetiva de la conducta / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: atipicidad de la conducta / **TIPICIDAD** - Fases objetiva y subjetiva / **ATIPICIDAD** - Concepto / **ATIPICIDAD** - Categorías

«Respecto de la atipicidad en concreto, se ha definido como «la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal», al no concurrir los elementos de la conducta punible; es decir, implica verificar que la conducta no corresponde de forma plena con ningún precepto normativo regulado por el derecho penal (CSJ AP3329-2017, 24 may., rad. 50063 y CSJ SP230-2023, 21 jun., rad. 61744). Cabe aclarar que las exigencias, para que un hecho sea considerado como típico, serán medidas a partir del tipo objetivo -sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades en el comportamiento- y subjetivo -dolo, culpa o preterintencional-, CSJ, AP875-2016, 23 feb., rad. 46664.

Según la Corte Constitucional, «al tipo objetivo pertenecen el sujeto activo del delito, la acción típica y, por regla general, también la descripción del resultado penado»; por otro lado, bajo la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia, se incluyen los componentes específicos que cambian conforme al tipo penal, su forma de realización, calificación de los sujetos, estructura dolosa o culposa, entre otros (CSJ, SP4513-2018, 17 oct., rad. 51885).

Teniendo en consideración esto y a partir de las causales reseñadas, para la caracterización de un hecho como delito es necesario consolidar unos presupuestos objetivos mínimos para el ejercicio de la acción penal, que respondan a la tipicidad de la conducta o a la posibilidad de existencia conforme a hechos indicativos de los elementos del tipo penal (C-1154, 15 nov. 2005), sin lo cual, el fiscal podrá ordenar el archivo de la diligencia.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: titular de la acción penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: obligación legal del ejercicio de la acción penal, salvo aplicación del principio de oportunidad y cuando no hay mérito para acusar / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: la función de investigar las conductas

que revistan las características de un delito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: forma de terminación anticipada del proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: atipicidad de la conducta, elementos para su configuración

«De acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, el ejercicio de la acción penal se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como aquella encargada de «investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito». Bajo este entendido, no le está permitido suspender, interrumpir o renunciar a su ejercicio, salvo en los casos expresamente establecidos por ley.

Sin perjuicio de ello, existen casos en los que el ordenamiento ha previsto la posibilidad de dar por terminado de forma anticipada el proceso, permitiendo incluso la suspensión del mismo en fase de indagación preliminar, bien sea por inexistencia de la conducta o atipicidad objetiva. Dentro de los mecanismos de terminación anticipada del proceso es posible encontrar la conciliación judicial, definida de la siguiente forma: «La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador, quien, además de proponer fórmulas de arreglo, da fe de la decisión del acuerdo, la cual es obligatoria y definitiva para las partes que concilian».

En este caso, el juez propone fórmulas de arreglo y es quien convalida el acuerdo, con el fin de darle efecto de cosa juzgada, posibilitando que se dé fin al proceso o, dependiendo del escenario en que se lleve a cabo, se prevenga su inicio. Este mecanismo, según el artículo 522 de la Ley 906 de 2004, es establecido como requisito de procedibilidad en delitos querellables, en el que la iniciación del proceso penal depende de dos resultados (i) que no haya sido posible llegar a un acuerdo en la conciliación o (ii) la inasistencia del querrellado (CSJ, SP2020, 29 abr., rad. 46389).

Por otro lado, la labor investigativa en cabeza de la Fiscalía «tiene como propósitos (i) establecer la ocurrencia de los hechos llegados al conocimiento del ente persecutor, (ii) determinar si constituyen o no infracción a la ley penal, (iii) identificar o individualizar a los presuntos

autores o partícipes de la conducta punible y, (iv) asegurar los medios de convicción que permitan ejercer debidamente la acción punitiva del Estado» (CSJ, AP4745-2021, 6 oct., rad. 54379); de tal forma que, de verificarse estos elementos, deba formularse imputación ante juez de control de garantías.

Sin embargo, en aquellos casos en los que no existe mérito para acusar, el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 regula la preclusión, como otro mecanismo de terminación anticipada del proceso que posibilita acudir al juez de conocimiento para su solicitud. En este supuesto, de configurarse las causales consagradas en el artículo 332 o 77 ibidem, el juez de conocimiento podrá decidir la preclusión de la investigación en fase de indagación, investigación y juzgamiento, en el último caso por causales objetivas. De esta forma, la Corte ha definido la figura como «un mecanismo que permite la terminación prematura del proceso, cuando no existen motivos probatorios o jurídicos para avanzar a la fase ulterior. Implica adoptar una decisión definitiva por parte del juzgador cognoscente, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el implicado respecto de los hechos objeto de investigación, por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada» (CSJ, AP4745-2021, 6 oct., rad. 54379).

Sobre la solicitud de preclusión bajo la causal del numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, dentro de la que se considera la improcedencia de la acción penal por atipicidad del hecho, se ha referido que es necesario que la actuación no coincida con ningún tipo penal, a efectos de extinguir la acción penal con efecto de cosa juzgada (atipicidad absoluta). Es decir, la conducta deberá adecuarse a las exigencias materiales del tipo penal dentro de las que se incluye (i) sujeto activo; (ii) acción; (iii) resultado; (iv) causalidad; (v) medios y modalidades, y al elemento subjetivo que la misma requiera, todos estos elementos que el juez de conocimiento deberá valorar, a efectos de conceder la preclusión por atipicidad (CSJ, AP, nov. 27 de 2013, rad. 38458).

Los mecanismos anteriormente reseñados, implican la necesidad de que dentro del proceso penal se consolidan ciertas condiciones procesales, a efecto de poder continuar con la actuación. Sin el cumplimiento de las mismas, por solicitud de fiscal o en desarrollo de las

formas referidas, podrá el juez ordenar la terminación anticipada del proceso.»

CONCURSO APARENTE DE TIPOS - Principio de consunción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, previo actos de investigación que le permitan afirmar la inexistencia del hecho o su falta de caracterización como conducta típica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: deber de ejercer control judicial sobre condiciones de procesabilidad

«La Sala advierte que, en aplicación del principio de consunción se analizará únicamente el delito de prevaricato por acción; por cuanto que la conducta tuvo como única finalidad proferir la orden de archivo de las diligencias, que envuelve en una misma acción, no haber efectuado los actos de investigación y realizado la audiencia de conciliación; por esto, habría lesionado un sólo bien jurídico, la administración pública, según el desarrollo previsto en el título XV de la Ley 599 de 2000. La aplicación de este principio tiene por objetivo prevenir la vulneración del principio de non bis in ídem que imposibilita sancionar dos veces un mismo comportamiento.

[...]

Sobre la posibilidad de archivar las diligencias, la Sala precisa que dentro de los eventos consideradas por la Corte Suprema de Justicia para la aplicación del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, según el análisis abordado con anterioridad, está la falta de colaboración o interés del sujeto pasivo de la acción penal, cuestión que sin perjuicio de la responsabilidad del Fiscal en la realización de los actos de investigación, se requiere para apoyar el desarrollo de estas actividades, con mayor razón cuando se trata de conductas punibles querellables; así, determinar los elementos objetivos del tipo penal, fundamento para su concreción.

En este sentido, la actuación procesal que desarrolla el procesado se corrobora con los testimonios traídos a juicio oral, en los que DMB -asistente de la Fiscalía 27 seccional de Buga al momento de ocurrir los hechos-, determina que la querrela era confusa por falta de claridad y congruencia en su redacción y no aportar los datos necesarios o anexos que permitieran tener claridad sobre los hechos. Aunado a esto, el procesado SFF manifestó que no contaba con los suficientes elementos materiales probatorios

para acreditar los hechos, la existencia de las máquinas presuntamente retenidas y los elementos objetivos del tipo penal.

[...]

De otra parte, los actos investigativos, se debe precisar igualmente que su agotamiento se encuentra sujeto al caso en concreto y al desarrollo de la investigación penal, pues se trata de actos preparatorios del juicio. «En este contexto, el ente investigador está compelido a desarrollar los actos de investigación que le permitan establecer o desvirtuar la materialidad de la conducta y su connotación delictiva. De no hacerlo, no sólo incumple el deber de investigar, sino que también defrauda la confianza de la comunidad y limita el acceso a la justicia de las víctimas que esperan que el Estado garantice verdad, justicia y reparación» (CSJ, SP4319-2015, 16 abr., rad. 44792). La obligación del juez de corroborar la configuración del punible a partir de los hechos, se encuentra sujeta a que estos eventualmente deriven en el archivo o preclusión de la investigación, de configurarse las causales establecidas legalmente.

En lo relativo al cumplimiento del requisito de procedibilidad de la audiencia de conciliación en delitos querrelables y la consiguiente obligación del Fiscal de citar a querellante y querellado a diligencia, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que se trata de un presupuesto de validez del inicio del proceso que debe haberse realizado con anterioridad a la audiencia de formulación de imputación (CSJ SP, 24 may. 2017, rad. 47046). La ausencia de este requisito implica la invalidez de la actuación, por tratarse de un aspecto sustancial del debido proceso cuya omisión vulnera el artículo 522 de la Ley 906 de 2004. No obstante, la existencia de este requerimiento, su obligatoriedad se encuentra sujeta a que sea verificada la materialidad del tipo penal, sin cuya acreditación deriva la conducta eventualmente en atípica.

Por tanto, no se podía exigir al procesado FF dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 522 de la ley 906 de 2004, esto es, la conciliación pre procesal, toda vez que, si se establecía que los hechos no ocurrieron, no tenían la relevancia jurídico penal, o la acción había caducado, no se tornaba procedente agotar este requisito, razón por la cual no se puede reprochar un actuar omisivo en ese sentido, tal como también lo consideró el a quo.

[...]

De otra parte, en lo atinente a la caducidad de la querrela, por requerirse expresa manifestación y aquiescencia del perjudicado (CSJ AP2688-2021, 30 jun., rad. 59662), encuentra el Estado un límite al ejercicio de la acción penal, que por regla general puede ser desarrollado de oficio, al requerirse que el perjudicado, víctima o sujeto habilitado para ello, ponga en conocimiento de las autoridades la comisión del delito. Su oportunidad de ejercicio es definida por el artículo 73 de la Ley 906 de 2004, que determina que la querrela deberá presentarse en los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta punible o a la desaparición de las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que hubiesen impedido su conocimiento, so pena de no poder acudir a la administración de justicia una vez superado este término.

En la querrela presentada por BLMP, se aprecia que en principio este término se había superado, porque la querrela se presentó en el año 2014, y los hechos habrían ocurrido en un lapso comprendido entre los años 2009 y 2010. Sin embargo, es claro que uno de los propósitos del Fiscal investigado era precisar la real fecha de ocurrencia de los hechos, para lo que era necesario, como lo ordenó, escuchar en ampliación de su querrela.

Finalmente, en cuanto a la viabilidad del programa metodológico, este procede cuando la Fiscalía requiere profundizar la investigación, incluso, luego de recibir los informes preliminares de Policía judicial, o por consecuencia de la información suministrada en la querrela, o derivado de elementos materiales de prueba o evidencia física que reposen en el expediente. Su uso y contenido es facultativo de la Fiscalía, así, puede darse por factores de complejidad de la investigación penal; contrariamente, cuando la Fiscalía cuenta con los elementos para terminar el proceso por vía de archivo de las diligencias o solicitud de preclusión de investigación no siempre se requiere de la aplicación de este programa.

De ahí, que el recurrente en consonancia con el proceso no aporta el argumento suficiente para aseverar que por estos motivos el procesado estaría cometiendo un delito de prevaricato por omisión.

En síntesis, no se probó que SFF, Fiscal procesado, al emitir la decisión de archivo de la

actuación en cumplimiento de sus funciones, haya proferido resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley. La Fiscalía no demostró este factor estructural para determinar la responsabilidad del enjuiciado; por el contrario, la investigación adelantada por el acusado en calidad de Fiscal delegado si contiene actividades dirigidas a la obtención de información para orientar la consecución de elementos probatorios, así poder esclarecer lo acontecido, una de esas fue citar a declaración a la querellante, quien no compareció, según constancias existentes en el expediente.

De modo que, al estarse frente a un abandono del caso por la querellante, a quien no fue posible ubicar para que suministrará la información requerida, lo que a su vez llevó a no tener

precisión sobre los querellados, es que el fiscal procesado decide disponer el archivo de las diligencias; determinación que, en todo caso, se ajusta a una de las posibilidades que la Corte ha decantado para proceder de esa forma, la falta de colaboración o interés del sujeto pasivo de la acción penal, dado que la querellante no acudió a ampliar su versión, tras haberle enviado la citación, la cual era necesaria con el propósito de precisar aspectos objetivos de los hechos punibles. Así, poder archivar ante la imposibilidad de encontrar al sujeto pasivo de la acción, cuando se requiere para que aclare o suministre información necesaria para adelantar la investigación».

ALCALDE - Facultades: designación de curador urbano, reglas y trámite / **ALCALDE** - Facultades: designación de curador urbano, no es posible prorrogar el período / **CURADOR URBANO** - Designación: empleo de período fijo, no genera los derechos derivados de la carrera administrativa

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por una delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, que revocó la condenatoria expedida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de igual Distrito Judicial y, en su lugar, absolvió a FFM del punible de prevaricato por acción; además, confirmó la absolución en lo relacionado con el delito de prevaricato por omisión.

En esta ocasión, la Sala Penal casó parcialmente la providencia de segunda instancia, única y exclusivamente en lo que corresponde al delito de prevaricato por acción endilgado a FFM y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primer grado, que lo absolvió del punible de prevaricato por omisión, pero lo condenó como autor del reato de prevaricato por acción.

Para ello, la Corte analizó la normativa que regula la designación de los curadores urbanos, según la cual son particulares que cumplen una función pública, a la que acceden a través de concurso de méritos, lo cual no implica que su vinculación otorgue los derechos derivados de un sistema específico de carrera administrativa, por tratarse de un empleo de período fijo.

En ese sentido, la Sala afirmó que, el acto administrativo que prorrogó el período del Curador Urbano N.º 1 de Popayán fue expedido con la notoria intención de apartarse de la norma jurídica regulatoria del asunto, ya que, para asegurar la continuidad de la prestación del servicio de la curaduría, no se hacía necesario prorrogar el período del curador saliente, sino acatar el abanico de posibilidades que el legislador previó para suplir las faltas absolutas, como lo es la terminación del período individual.

Aunado a ello, con tal proceder, el procesado omitió el deber funcional, debidamente reglado, de designar un curador provisional mientras se surtía el concurso de méritos respectivo y, de adelantar el trámite de convocatoria y concurso, lo cual evidencia el ánimo del enjuiciado de favorecer a toda costa a un tercero, desconociendo los derechos de quienes tenían la aspiración legítima de acceder al cargo público a través del mérito.

SP1339-2024(57303) de 05/06/2024

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltran

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. FFM, en su condición de alcalde de Popayán (Cauca), el 3 de octubre de 2012 expidió la Resolución N.º 20121900053194, en virtud de la cual prorrogó por 5 años el período del Curador Urbano N.º 1 de aquella ciudad, cuyo vencimiento

estaba previsto para el día 5 del mismo mes y año –el profesional ocupaba el cargo por cuenta de concurso de méritos efectuado por una administración municipal anterior–, acto administrativo acusado de ser manifiestamente contrario a la ley, pues, infringió lo dispuesto en el artículo 103 del Decreto 1469 de 2010, que establece la forma de designación del reemplazo de los curadores en caso de falta absoluta.

2. Ante la terminación del período individual del mencionado funcionario, el procesado omitió adelantar el trámite establecido, a fin de llevar a cabo la convocatoria y concurso de méritos para proveer el cargo, y obvió designar provisionalmente a un curador, dentro de los integrantes del grupo interdisciplinario especializado que apoyaba la labor del servidor saliente, hasta que tomara posesión el nuevo curador o, en su defecto, designar al Curador Urbano N.º 2 de Popayán.

3. Además, se reprochó a FFM que, entre 2012 y 2015, omitió realizar la evaluación anual de servicio y calificación de desempeño del período de los Curadores Urbanos 1 y 2 de la localidad; así como, adelantar el trámite establecido en el Decreto 1469 de 2010, dirigido a la realización de concurso de méritos para proveer el cargo en ambas curadurías.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CURADOR URBANO - concepto / **CURADOR URBANO** - Normativa aplicable / **ALCALDE** - Facultades: designación de curador urbano, reglas y trámite

«En el marco de lo que se conoce en materia administrativa como descentralización por colaboración del Estado, el artículo 9 de la Ley 810 de 2003, modificadorio del canon 101 de la Ley 388 de 1997, estableció que el curador urbano es un particular encargado, entre otros, de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios; y agregó que:

La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción.

(...)

El ejercicio de la curaduría urbana deberá

sujetarse entre otras a las siguientes disposiciones:

1. El alcalde municipal o distrital designará a los curadores urbanos, previo concurso de méritos, a quienes figuren en los primeros lugares de la lista de elegibles, en estricto orden de calificación.

(...)

4. Los curadores urbanos serán designados para periodos individuales de cinco (5) años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública, previa evaluación de su desempeño por parte de los alcaldes municipales o distritales, en todo de conformidad con la ley que reglamente las Curadurías y con los términos y procedimientos que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional (...) [subrayado fuera de texto]

Acorde con la facultad otorgada por el legislador de 2003, en lo que respecta a la designación, redesignación, concurso de méritos, nombramiento, evaluación anual de servicio y calificación de desempeño del período de los curadores urbanos, el Gobierno Nacional ejerció la potestad reglamentaria (artículo 189, numeral 11 de la Carta Política) y expidió el Decreto 1469 de abril 30 de 2010, normatividad vigente y de obligatorio cumplimiento para la época de ocurrencia de los hechos juzgados»

CONCURSO APARENTE DE TIPOS - Configuración: presupuestos básicos / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Factores determinantes: soluciones / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de subsidiariedad / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de subsidiariedad tácito: explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Concurso aparente con prevaricato por omisión

«Con lo hasta ahora dicho, en parte se dilucidan las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, y sería el caso continuar con el análisis correspondiente, desde la misma orilla del punible de prevaricato por omisión, en lo relacionado con la falta de actividad del procesado en lo que toca con el trámite para la realización del concurso de méritos a fin de designar en propiedad el cargo de Curador Urbano n.º 1, y la omisión en dar aplicación al artículo 103 del Decreto 1469 de 2010, al presentarse la falta absoluta en la mencionada curaduría por la terminación del período individual para el cual fue designado el

arquitecto CAPO, de no ser porque la Sala avizora en aquellas conductas la existencia de un concurso aparente con el punible de prevaricato por acción, también acusado, que debe resolverse a favor de este último, como pasa a explicarse.

Acerca del concurso aparente de delitos, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones (Cfr. CSJ SP, 18 feb. 2000, rad. 12820) para significar que este:

[s]e presenta cuando una misma conducta parece adecuarse, simultáneamente, en varios tipos penales que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo solo uno de ellos, en consecuencia, el llamado a ser aplicado, pues de lo contrario se violaría el principio non bis in ídem, de acuerdo con el cual un mismo comportamiento no puede ser sancionado dos veces.

También ha señalado (Cfr. CSJ SP, 15 jun. 2005, rad. 21629; CSJ SP, 17 ag. 2005, rad. 19391; CSJ AP4934-2014, 27 ag. 2014, rad. 42006; y CSJ SP5496-2019, 12 dic. 2019, rad. 52071) que el concurso aparente de tipos penales tiene como presupuestos básicos: (i) unidad de acción, esto es, se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas; (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad; y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico. De manera que la ausencia de uno de tales elementos, conduce a predicar el concurso real y no el aparente.

[...]

Ahora bien, ha de recordarse que el delito, como comportamiento humano, al tener su génesis en la mente del sujeto activo, resulta perceptible en el mundo exterior a través de actos relevantes para vulnerar o poner en peligro de efectiva lesión los bienes jurídicos hacia cuya protección se orienta la hipótesis normativa.

En los eventos en que el iter criminal se desarrolla en varios pasos progresivos de lesión a un mismo bien jurídico, se está ante un concurso aparente de delitos que debe solucionarse atendiendo los criterios del principio de subsidiariedad, específicamente de una «subsidiariedad tácita» (Cfr. CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 37733):

[...]

Al descender al asunto de la especie, siguiendo la línea de pensamiento plasmada por la fiscalía en

la acusación, al procesado se le reprocha: (i) omitir la realización de concurso de méritos para proveer el cargo de Curador Urbano n.º 1 de Popayán; y (ii) al presentarse la falta absoluta en la mencionada curaduría, por la terminación del periodo individual para el cual fue designado el arquitecto CAPO, omitir dar cumplimiento a las formas de designación de su reemplazo, previstas en el Decreto 1469 de 2010.

Es evidente que, aunque las conductas individualmente consideradas, bien pueden configurar el injusto de prevaricato por omisión acusado, la efectiva lesión del bien jurídico de la administración pública solo resulta perceptible y trascendente cuando se conocen los fundamentos o motivaciones de esa pretermisión.

En armonía con las citas jurisprudenciales efectuadas con anterioridad, esa omisión dentro de la sucesión causal fáctica analizada constituyó un acto previo del punible de prevaricato por acción, materializado en la expedición de la Resolución n.º [...] del 3 de octubre de 2012, en virtud de la cual, el burgomaestre acusado prorrogó por cinco años el periodo del profesional CAPN como Curador Urbano n.º 1 de Popayán, prórroga que, de suyo, implicaba la carencia de objeto del concurso de méritos y la designación de su reemplazo, motivo por el que los trámites incumplidos no pueden ser punibles de manera independiente, pues, corresponden a una misma unidad o recorrido delictivo y su desvalor queda reprimido con mayor severidad en la hipótesis que describe el artículo 413 del Código Penal, vale decir, la sanción de ese obrar omisivo está comprendida en la condena a emitir por prevaricato activo, solución que desde ya anticipa la Sala y será abordada en el capítulo siguiente.

Dicho de otra manera, si efectivamente se dice que el acusado incurrió en el delito de prevaricato por acción cuando prorrogó el periodo del curador, ello se funda, precisamente, en que no hizo concurso o acudió al reemplazo contemplado en la ley, pues, por simple sustracción de materia, si así hubiese procedido, simplemente no habría sido posible la designación espuria.

En suma, la mitad de los reproches elevados por la fiscalía en lo relacionado con la delincuencia de prevaricato omisivo, no lograron actualizar la descripción típica contenida en el canon 414 ibidem, y los restantes se adscriben en el reato de prevaricato por acción, motivo por el cual, la

sentencia absolutoria proferida en las instancias no será casada»

ALCALDE - Facultades: designación de curador urbano, no es posible prorrogar el período / **CURADOR URBANO** - Designación: falta absoluta en el cargo / **CURADOR URBANO** - Designación: falta temporal en el cargo / **CURADOR URBANO** - Designación: empleo de período fijo, no genera los derechos derivados de la carrera administrativa / **FUNCIÓN PÚBLICA** - Empleados de período fijo: excepción a la regla general de carrera administrativa

«En el presente asunto no se discute la condición de servidor público de FFM, alcalde de Popayán para el período 2012-2015, lo mismo que, en ejercicio de ese cargo, el 3 de octubre de 2012, profirió la Resolución n.º [...], en virtud de la cual prorrogó por cinco años el período del arquitecto CAPO como Curador Urbano n.º 1 de aquella ciudad.

[...]

Contrastados los fundamentos del acto administrativo expedido por el encausado, con la normatividad (Decreto 1469 de 2010) que para la época regulaba lo relativo a la forma de designación, la evaluación anual de servicio, la calificación de desempeño, el procedimiento en caso de redesignación, los eventos que originan faltas absolutas de los curadores y la manera en que se designa su reemplazo (Cfr. numeral 6.4), a simple vista refulege la contrariedad entre unos y otra, pues, aunque los curadores urbanos tienen la posibilidad de ser redesignados en sus cargos, a esa vía se llega, única y exclusivamente, ante una satisfactoria calificación de desempeño y el ineluctable agotamiento y superación de un concurso de méritos; pero nunca a través del exótico instituto de la prórroga, utilizado por el acusado.

Destáquese que ante el vencimiento del período individual de cinco años como Curador Urbano n.º 1 de Popayán, cargo al que CAPO había accedido por medio de concurso de méritos, el 5 de octubre de 2012 se originaba la falta absoluta (numeral 8 del artículo 102), que debía ser cubierta conforme a las opciones que el canon 103 ibidem establece.

Sea lo primero indicar que la última disposición en cita, en principio, está diseñada para ser aplicada a cualquiera de los eventos de falta absoluta (renuncia aceptada, destitución del

cargo, incapacidad médica por más de 180 días calendario, muerte, inhabilidad sobreviniente, declaratoria de abandono injustificado del cargo y orden o decisión judicial), excepto, la terminación del período individual.

Lo anterior, por la sencilla razón que las primeras se identifican con actos intempestivos, imprevisibles o sobrevinientes, mientras que la última corresponde a un mojón cierto y previsible desde que inicia el período, esto es, el mero transcurso del tiempo que, repítase, se circunscribe a cinco años.

De ahí, que la primera opción que establece el artículo 103, sea la de acudir a la lista de elegibles, escenario imposible de cumplir en el caso del numeral 8 del canon 102, toda vez que ante el vencimiento del período, se entiende que en ese interregno fenece la lista creada para el efecto, pues, su duración es de máximo dos años.

Así lo establece el párrafo primero del artículo 89, mismo que expresamente ratifica que la lista de elegibles servirá para proveer el reemplazo de los curadores urbanos en el caso de faltas temporales (artículo 100) y de todas las faltas absolutas, excepción hecha del numeral 8, situación que obliga a adelantar un nuevo concurso de méritos (párrafo segundo ibidem), que ha de ser convocado, por lo menos, seis meses antes del vencimiento del período individual (artículo 82).

De vuelta al caso concreto, aunque es un hecho cierto que la administración municipal anterior a la del burgomaestre FM, no cumplió con la función de evaluar anualmente a PO, situación que magnificó el Tribunal, no reparó el juez plural en que tampoco el procesado hizo lo propio para calificar el desempeño del funcionario, o siquiera adelantar el concurso de méritos dentro del término arriba estipulado, forma principal de llenar la vacante del cargo por falta absoluta ante la terminación del período.

Es por ello que, llegada la fecha de vencimiento del período individual del Curador Urbano n.º 1 y en razón de la omisión acabada de referir, debía el acusado convocar el concurso dentro de los treinta días hábiles siguientes y apelar a las previsiones del artículo 103, en punto de la forma de designación de su reemplazo, así: (i) designar provisionalmente a alguno de los integrantes del grupo interdisciplinario especializado que hubiere apoyado la labor del curador saliente y que reuniera las mismas calidades exigidas para

ser curador urbano, en consonancia con lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 81, que impone al curador contar con un grupo con las condiciones mínimas exigidas por el municipio para ser designado o redesignado como curador urbano; (ii) designar provisionalmente al Curador Urbano n.º 2; y (iii) en caso de que este también estuviere en situación administrativa de falta absoluta, la llamada a asumir la inmediata prestación del servicio, hasta la designación del curador en propiedad, debía ser la administración municipal.

Así, el inculpado contaba con alternativas válidas para suplir provisionalmente la vacante del curador urbano saliente, las cuales abiertamente desechó y, en su lugar, ideó una forma sui generis, que solo admite el calificativo de prevaricadora, para cubrir definitivamente la falta absoluta, a través de la prórroga de su período.

[...]

En términos generales, la motivación de la decisión facilita verificar su acierto y, de contera, demostrar que no fue acomodada o arbitraria y se aviene al ordenamiento jurídico. Es la motivación la que refleja el rigor con el que el funcionario enfrenta el asunto sometido a su consideración y soporta la validez de lo resuelto. Por ende, la notoria contradicción de la decisión con la ley, no solo se configura cuando la argumentación arroja conclusiones que inexplicablemente se apartan del derecho bajo el cual debe resolverse el caso, sino, además, cuando la providencia carece de motivación (Cfr. CSJ SP7830-2017, 1 jun. 2017, rad. 46165).

Al examinar la Resolución n.º [...], de ella es dable asegurar el conocimiento que el procesado tenía de la normatividad llamada a regular el asunto, toda vez que en la misma se transcriben algunas disposiciones relacionadas con la función pública de los curadores.

Sin embargo, el mencionado acto administrativo apenas fungió como simple sumatoria arbitraria de motivos inconexos, faltos de ilación lógica que, luego de un salto argumentativo, arribaron a una conclusión del todo alejada del ordenamiento jurídico.

Precísese que el encabezado de la Resolución, de suyo, indica que el presunto interés de la administración municipal a cargo de FFM, consistió en «garantizar la continuidad de prestación del servicio» al interior de la Curaduría

Urbana n.º 1 de Popayán, por ello, en un inicio consideró los principios que guían la función administrativa y el servicio público, pero, luego señaló y transliteró normas relacionadas con la función pública de las curadurías y con la forma de evaluación anual de servicio y calificación de desempeño de los curadores, entremezcló el artículo 53 constitucional, referido a las garantías mínimas establecidas en normas laborales, señaló la forma en que, por concurso de méritos, CAPO accedió al cargo de Curador Urbano n.º 1 y, por último, sin mayor explicación lógica, indicó que por la necesidad de continuación del servicio, «es dable y necesario entrar a establecer la prórroga del período determinado por la [L]ey 810 de 2003» en el caso específico del curador saliente, «por un periodo igual al inicial de cinco (5) años, a partir del seis (6) de [o]ctubre del 2012, hasta el cinco (5) de [o]ctubre del 2017».

El ya citado AACT, en el juicio oral intentó justificar extemporáneamente la mencionada Resolución, al nutrirla con dos ejes temáticos fundamentales: (i) la continuidad en la prestación del servicio y (ii) garantizar el derecho constitucional a la estabilidad laboral de PO, que se imponía frente a los terceros con interés en un eventual concurso de méritos. Ambos, totalmente inaceptables.

Primero, porque el servicio público de la curaduría no iría a sufrir mengua con la salida - por terminación del período individual- de PO, como quiera que el tópico ya había sido anticipado por el legislador extraordinario al establecer diversas formas de designación provisional, repítase, por un integrante del grupo interdisciplinario especializado del curador saliente, por el Curador Urbano n.º 2 y, en última instancia, por la propia administración municipal de Popayán. En otras palabras, para asegurar la continuidad de la prestación del servicio no se hacía necesario prorrogar el período del curador saliente, sino acatar el abanico de posibilidades que la disposición prevista para el efecto describió como forma de suplir las faltas absolutas.

Y, segundo, porque, si bien, los curadores son particulares que cumplen una función pública, a la que acceden a través de concurso de méritos, jamás su vinculación implica el reconocimiento de derechos derivados de un sistema específico de carrera administrativa, por tratarse de un empleo de período fijo. La claridad del artículo 5,

numeral 1 de la Ley 909 de 2004 no da margen a la especulación: «Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de: 1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación» [subrayado fuera de texto].

[...]

Entonces, la justificación de la Resolución, derivada de su propia literalidad, o acaso de la extemporánea defensa que hiciera en juicio el asesor jurídico del municipio, asoma sofisticada, pues, forzadamente intenta dar visos de legalidad a una decisión arbitraria y manifiestamente contraria a la ley, que en realidad encubre el verdadero propósito, no otro distinto a beneficiar a un particular garantizándole la permanencia en el cargo por cinco años, sin necesidad de ser evaluado, ni calificado, menos someterse a un concurso de méritos.

Por donde se mire, el acto administrativo no soporta el mínimo calificativo de razonabilidad, de ahí que extraña sobremanera lo decidido por el Tribunal cuando así lo prohió y de paso revocó el adecuado análisis del a quo.

El verdadero problema jurídico que ante sí tenía FFM, consistía en el irrefutable hecho que el desempeño del Curador Urbano n.º 1 no fue calificado en oportunidad, razón que impedía a éste aspirar a ser redesignado. Si ello es así, la pregunta que habría que hacer es: ¿cuál era el derecho que eventualmente se vulneraba a CAPO? La respuesta deviene elemental: el de participar en el nuevo concurso para designar en propiedad al curador.

La forma de salvaguardar su derecho de acceso al cargo público a través del mérito, no era prorrogar el cargo por otros cinco años, sino garantizar su participación en la convocatoria, en igualdad de condiciones a cualquier ciudadano.

Lo anterior porque, entonces, tendría preferencia para participar libremente en el concurso quien no ha estado en el cargo, mientras que aquél que lo ha ocupado por cinco años, no, debido a una omisión en la calificación por parte de la administración municipal.

La tesis del acto administrativo proferido por el acusado es perversa, pues, en desmedro de todos

aquellos esperanzados en ocupar el cargo en propiedad, incluso, de quienes tenían aspiración de llegar a él en provisionalidad, bastó alegar la propia incuria de la administración, esto es, incumplir la función de evaluar y calificar el desempeño del curador saliente, para, de inmediato, promover un derecho a la estabilidad laboral inexistente y con ello legitimar la prórroga automática en el cargo, práctica que el Diccionario de la Lengua Española reconoce como una de las acepciones de «atornillar»: entiéndase «mantener obstinadamente a alguien en un sitio, cargo, trabajo, etc.»

El asunto no se exteriorizaba complejo, difícil o «trágico», como lo razonó el ad quem [...]

En el presente asunto, al realizar un juicio ex ante, como debe proceder el juzgador al valorar un comportamiento humano constitutivo de una conducta delictiva, puede aseverarse que en las concretas variables fácticas en las que obró el acusado, éste actuó con conocimiento y voluntad de lesionar con su comportamiento el bien jurídico de la administración pública, aspecto que se deduce de lo probado en juicio, que da a entender que cuando el alcalde consultó a su asesor jurídico respecto de un tema que consideraba importante y por ello le pidió que se encargara personalmente del concepto (así lo relató AACT), lo hizo, precisamente, para escudar su conducta -en una suerte de principio de confianza- frente a una decisión ya tomada. No de otra manera se entiende que la proyección del acto administrativo se hiciera por la oficina asesora de planeación y no la jurídica, aunado a que ambos, concepto y Resolución, tienen la misma fecha.

No es viable suponer que el comportamiento prevaricador reprochado fue producto de una deficiente información o equivocada comprensión de los supuestos fácticos sometidos a conocimiento del acusado; por el contrario, como ha quedado visto, de la misma lectura de la resolución de marras se advierte que el enjuiciado, conocedor del Decreto 1469 de 2010, sabía que estaba frente a la terminación del período del Curador Urbano n.º 1, que ello constituía falta absoluta, que el camino a seguir para designar, primero provisional y luego definitivamente a su reemplazo, estaba descrito con claridad en la norma, y que la misma no establecía la prórroga como uno de ellos, aspectos que acreditan la imposibilidad de especular, razonar o concluir que la única salida

para garantizar un inexistente derecho a la estabilidad, sería la de convertir, en la práctica, un período legal de cinco, en diez años.

De modo que la suscripción del acto administrativo que prorrogó el periodo del Curador Urbano n.º 1 de Popayán, resulta absolutamente arbitraria y caprichosa, no por la incapacidad del acusado, sino por la notoria intención de apartarse de la norma jurídica regulatoria del asunto.

Con tal proceder, también omitió el deber funcional, debidamente reglado, de designar un curador provisional mientras se surtía el concurso de méritos respectivo, y de adelantar el trámite de convocatoria y concurso, comportamiento que, si bien, no alcanza a constituir una infracción penal independiente,

como atrás quedara visto, si es demostrativo del ánimo del enjuiciado de favorecer a toda costa a CAPO, desconociendo los derechos de quienes tenían la aspiración legítima de acceder al cargo público a través del mérito.

Todas las precedentes circunstancias, apreciadas en conjunto, de manera racional y mesurada, llevan a la Sala a concluir que el procesado sabía y conocía que al emitir sin un verdadero sustento jurídico la prórroga del periodo del Curador Urbano n.º 1, adecuaba su proceder a la hipótesis delictiva endilgada y, pese a ello, consciente y voluntariamente actuó como lo hizo, desviándose del camino de la legalidad, no obstante estar en condiciones normativas y personales de obrar conforme a derecho».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impedimento: preclusión de la investigación, no opera automáticamente, requiere examinar el tipo de intervención efectuada por el juez o corporación judicial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Impedimento: preclusión de la investigación, requiere el funcionario haya anticipado un juicio sobre la materialidad de los delitos y la responsabilidad del procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Impedimento: preclusión de la investigación, es necesario determinar si afecto la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en aras de garantizar la imparcialidad e independencia de la administración de justicia, declaró fundado el impedimento expresado por los integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Magistrados Carlos Andrés Guzmán Díaz, Dagoberto Hernández Peña y Hermens Darío Lara Acuña, para conocer de los recursos de apelación y queja propuestos por la defensa técnica de ÁUV.

Lo anterior por cuanto, al amparo de los artículos 335 inciso 2 y 56 numeral 14 de la Ley 906 de 2004, la Corte encontró demostrado que, al decidir la apelación propuesta por la delegada Fiscal contra la providencia que negó la preclusión del trámite, los Magistrados comprometieron su criterio, en tanto emitieron juicios de valor sobre algunos de los elementos de convicción presentados por la Fiscalía y

advirtieron necesaria la continuación del proceso por los delitos atribuidos a ÁUV.

AP3273-2024(66552) de 19/06/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. La Fiscalía radicó solicitud de preclusión de la acción penal por los delitos enrostrados a AUV, al amparo de las causales previstas en los numerales 4º y 5º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004. En decisión del 27 de abril de 2022, el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Bogotá negó tal petición, sin que se formularan recursos al respecto.
2. Por segunda vez, la delegada Fiscal solicitó la preclusión del trámite. En determinación del 23 de marzo de 2023, el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de esta capital negó la solicitud. Apelada esa determinación por la Fiscalía, en providencia del 29 de septiembre de 2023, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la confirmó integralmente.
3. En firme aquella determinación, el Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia radicó escrito de acusación en contra de ÁUV, por la comisión de las siguientes conductas punibles: i) Determinador del concurso homogéneo y sucesivo de 3 delitos de Soborno en

la actuación penal, materializados sobre los testigos CEVR, JGMP y ECV; ii) Determinador del concurso homogéneo y sucesivo de 2 punibles de Fraude procesal, en desarrollo o con ocasión de la investigación previa que -bajo el radicado 38451- la Sala de Instrucción No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra el parlamentario ICC; y iii) Determinador del delito de Soborno, ejecutado por intermedio de DJCR, sobre la testigo HJNF.

4. La fase de juzgamiento correspondió, por reparto, al Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá. El 24 de mayo de 2024 la Juez cognoscente resolvió: (i) rechazar de plano la petición de nulidad formulada por la defensa técnica del procesado y (ii) reconocer como víctimas a ICC, DGS, JFPT y LEML.

5. Inconforme, el representante judicial de AUV (i) instauró el recurso de apelación contra la determinación por cuyo medio se reconoció, como víctimas, a los mencionados ciudadanos y (ii) formuló el de queja contra la decisión de rechazar de plano la nulidad formulada

6. Las diligencias fueron remitidas a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá para desatar los recursos impetrados por la defensa técnica. Correspondió su resolución a la Sala de Decisión que previamente confirmó la providencia que denegó la preclusión formulada por la Fiscalía.

7. En auto del 29 de mayo de 2024, el Magistrado Ponente advirtió que, al emitir esa providencia, expresamente había aducido la Sala de Decisión que desde ese instante manifestaba su impedimento «para conocer en futuras ocasiones del presente asunto». Por ende, decidió «estarse a lo resuelto» en aquel proveído y remitió las diligencias a la siguiente Sala en turno para lo de su cargo.

8. En auto del 6 de junio de 2024, la referida Sala de Decisión del Tribunal a cuyo cargo fue asignada la manifestación impeditiva, resolvió «no aceptar» el impedimento y ordenó la remisión del expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que decida de plano la cuestión.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impedimento: haber conocido solicitud de preclusión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Impedimento: preclusión de la investigación, presupuestos para

su estructuración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Impedimento: preclusión de la investigación, no opera automáticamente, requiere examinar el tipo de intervención efectuada por el juez o corporación judicial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Impedimento: preclusión de la investigación, requiere el funcionario haya anticipado un juicio sobre la materialidad de los delitos y la responsabilidad del procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Impedimento: preclusión de la investigación, es necesario determinar si afecto la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios

«Al amparo de la circunstancia contenida en el inciso 2° del artículo 335 de la Ley 906 de 2004, los integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Magistrados Carlos Andrés Guzmán Díaz, Dagoberto Hernández Peña y Hermens Darío Lara Acuña expresaron que «estarían impedidos para conocer» de las actuaciones que arribaren «nuevamente» a su conocimiento, por razón de haber confirmado la decisión que, en sede de primera instancia, negó la preclusión de la actuación seguida contra ÁUV.

Antes de ahondar en el fondo del asunto la Corte debe referirse a dos situaciones particulares.

La primera, como se advirtió líneas atrás, se centra en que la manifestación impeditiva no puede ser objeto de analogías o interpretaciones subjetivas. Es necesario que el funcionario judicial, cuando exprese el impedimento, refiera de manera clara y concreta de qué manera se afectan tanto el principio de imparcialidad, como la ecuanimidad con la que el servidor judicial ha de decidir el asunto que se somete a su consideración.

En este caso se echa de menos esa específica motivación. Arribado el asunto al Tribunal, por segunda vez, para conocer (i) del recurso de apelación propuesto contra la decisión por cuyo medio el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá dispuso reconocer a distintas víctimas dentro del proceso y (ii) de la queja formulada contra la defensa frente a la decisión que rechazó de plano la nulidad impetrada por ese sujeto procesal, ha debido la Sala que expresa su impedimento exhibir qué razones hacían necesaria su separación del trámite.

Desatinado resultó que decidiera, simplemente, en auto de trámite del 29 de mayo de 2024, «estarse a lo resuelto» en la providencia por cuyo medio desató la alzada formulada contra el auto

que negó la preclusión, porque la separación del trámite bajo la causal invocada, como ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, no surge de manera automática por el simple hecho de que el juez o la corporación que lo formulan hayan intervenido en la decisión anterior de preclusión (CSJ AP4981 - 2021).

De todas maneras, en el caso es plausible superar aquel impasse, en razón de que (i) la siguiente Sala del Tribunal, al denegar el impedimento, entendió que los motivos de la manifestación impeditiva se hallaban contenidos en la providencia del 29 de septiembre de 2023 y (ii) esa providencia contiene, justamente, los insumos necesarios para auscultar si en realidad los magistrados impedidos comprometieron o no su criterio, en los términos de la causal invocada.

En torno al segundo aspecto que ha de resaltar la Corte, preliminarmente podría pensarse que por la naturaleza de la decisión a cargo de los Magistrados cuyo impedimento expresan - la resolución de los recursos de apelación y queja - no se habría comprometido su criterio. En estricto sentido, podría pensarse que quienes manifiestan el impedimento no han emitido algún juicio sobre los temas que, ahora, deben evaluar.

Sin embargo, expresa el artículo 335 inc., 2° con claridad que «el juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio» y el numeral 14 del art. 56 de la Ley 906 que la reproduce en casi idénticos términos, señala que «el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo».

Dicha premisa no es absoluta. Pacíficamente ha advertido la Corte al respecto que se requiere para la configuración de la causal, que el juez haya comprometido su criterio respecto al fondo del asunto, porque de lo contrario no se estructura el impedimento, ya que la independencia e imparcialidad, en manera alguna serían puestas en cuestión si no hay una evaluación que comprometa el criterio del servidor judicial (CSJ AP, 6 de mayo de 2020, Rad. 227).

[...]

De igual manera, la Corte Constitucional, en decisión de constitucionalidad C-881 /11

advirtió sobre la circunstancia impeditiva bajo análisis, que:

La causal de impedimento prevista en el numeral 14 del artículo 56 C.P.P., la cual coincide con la establecida en el inciso final del artículo 335 ib. objeto del reproche, tiene como finalidad preservar la imparcialidad e independencia del funcionario judicial - juez de conocimiento - encargado de adoptar una decisión de particular relevancia dentro del proceso penal como es la preclusión de la investigación. Esta decisión tiene consecuencias de la mayor trascendencia para el proceso comoquiera que da lugar cesación, con efectos de cosa juzgada, de la persecución penal en contra del imputado, y a la revocatoria de todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto. El impacto de una decisión de esta envergadura exige que se encuentre rodeada de todas las garantías adscritas al debido proceso como son la imparcialidad, el equilibrio y la independencia del funcionario que debe adoptar, con carácter vinculante, tal determinación.

Una postura previa al juicio oral, asumida por el juez de conocimiento acerca de la proyección de la acción penal, la responsabilidad del imputado, la tipicidad del hecho, la materialidad fáctica del mismo, o la intervención del investigado en el hecho, afecta de manera significativa la posición de neutralidad y equilibrio que debe mantener el juez dentro del modelo adversarial. Por ello resulta razonable y necesaria, en procura de preservar su imparcialidad, la preceptiva que obliga a que se margine de un proceso en el que se ha pronunciado negativamente sobre una solicitud de preclusión del fiscal.

[...] la Corte, en auto CSJ AP629 - 2015 (reiterado en CSJ AP3006 - 2021) dijo que con la formulación de la causal de impedimento invocada «lo que se procura es garantizar la independencia e imparcialidad del juez; cuando al momento de resolver una solicitud de preclusión de la investigación, se anticipan conceptos sobre aspectos precisos del caso, se efectúa un análisis de los medios de conocimiento y se ofrece respuesta a la teoría que las partes proponen, resultando sensato en esos casos sustraer al funcionario judicial, en aras de preservar la garantía de un juez imparcial»

IMPEDIMENTO - Funcionario judicial: Sala de decisión de Tribunal Superior de Distrito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Impedimento: rechazo de la solicitud de preclusión

«La Sala homóloga que denegó la manifestación impeditiva, advirtió, en lo sustancial, de una parte, que la Colegiatura que expresó su impedimento no fundamentó la causal invocada, pues no explicó de qué manera se comprometían su imparcialidad o ecuanimidad con la decisión del 29 de septiembre de 2023 y, aun cuando entendió «superado» aquel aspecto, advirtió que, en el fondo, «la sala de decisión no emitió ningún juicio de responsabilidad sobre ÁUV».

Añadió también, que las apreciaciones contenidas en la providencia del 29 de septiembre de 2023 simplemente se fundaron en exhibir «contradicciones y vacíos que debían ser esclarecidos por la Fiscalía», pero que mal comprometían el criterio de los Magistrados.

Sin embargo, la minuciosa lectura de la providencia que cimenta el impedimento muestra a la Corte una lectura distinta del asunto.

En efecto, al decidir la apelación propuesta por la delegada Fiscal contra la providencia que negó la preclusión del trámite, los Magistrados que expresaron su impedimento sí formularon distintas consideraciones que, no solo critican la ausencia de elementos probatorios fundantes de la pretensión de preclusión, sino que, incluso, muestran que evaluaron el acervo probatorio inicialmente recaudado e incluso formularon juicios que, a la postre, podrían obnubilar su juicio y afectar la garantía de imparcialidad que recae sobre la administración de justicia en este asunto».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9408

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

