



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Penal

PREACUERDO: Se declara la ilegalidad al no cumplir con los requisitos legales.

PREACUERDO: Cumplió con las exigencias previstas en los artículos 327 y 131 de la Ley 906 de 2004, pero no se respetaron los derechos y garantías de las víctimas. / Es obligación de la Fiscalía escuchar la posición de los representantes de víctimas.

“Innegable resulta entonces, que debía la Fiscalía adelantar un arduo trabajo para identificar a las diferentes personas que integran estos grupos de víctimas, a la hora en que se planteó la posibilidad con el acusado (...) de adelantar un preacuerdo, y como podía generar un grado de dificultad el manejo de los términos del mismo con los afectados por su cantidad, lógico resultaba consolidar los mismos a través de sus apoderados judiciales.

En este caso, no se conoce o al menos no se explicó que la Fiscalía haya escuchado la posición de los y la representante de víctimas, si al tenerse en cuenta sus intereses se pactó una pena acorde a los mismos o si definitivamente no era posible acoger sus sugerencias, en aras de finiquitar al menos de manera parcial el caso que se sigue en contra del acusado.

No se trata ya de mencionar que las víctimas no fueron enteradas de manera previa de la negociación, porque tal irregularidad fue salvada en el momento en que se suspendió la audiencia para lograr la interacción requerida, sin embargo dado el aplazamiento inicial y el que luego se generó por la emergencia sanitaria, transcurrió un periodo de tiempo, que no surtió el efecto requerido, en tanto que la Fiscalía no logró un punto de equilibrio que atendiera la postura del procesado de aceptar su responsabilidad y los requerimientos de las víctimas, o dejar constancia de que conocidos los mismos no era posible acogerlos”.

PREACUERDOS / La pena pactada no se ajustó a la legalidad. Rebaja de pena desproporcionada y la pena de multa no refleja el incremento punitivo que se debe aplicar al amparo de las reglas del concurso de delitos.

“(...) el monto de pena pactado, refleja una rebaja de pena desproporcionada, que abre las puertas para adelantar un control material alrededor de ese aspecto”.

“(...) afecta el principio de legalidad, en la medida en que se determina que la pena de multa equivalente a 33.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes, (...) no refleja el incremento punitivo que se debe aplicar al amparo de las reglas del concurso de delitos; y claro que resulta totalmente acertada dicha posición, puesto que el artículo 39-4 del C.P. ordena que en caso de concurso de conductas punibles, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, lo cual no se cumple bajo ningún punto de vista conforme al monto pactado que se presenta en su mínima expresión y únicamente para un delito”.

PREACUERDO / Incumplimiento de lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004. Limitación en delitos permeados por un fin económico.

“(...) la Fiscalía no incluyó ningún aspecto relacionado con el requisito exigido en el artículo 349 del C. de P.P. lo que lleva implícita una premisa, pues estaría considerando que al incurrir el acusado en los delitos de Peculado y Prevaricato por acción, solamente la ejecución del primero es idóneo para generar un incremento patrimonial en el sujeto activo del delito”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No. : 52 001 6099032 2018 - 05868
Número Interno : 30524
Acusado : BORIS ELKIN LÓPEZ D´GUZMÁN NARVÁEZ
Delito : Peculado por Apropiación y Prevaricato por
Acción
Aprobado : Acta No. 04 de 19 de febrero 2021

San Juan de Pasto, marzo tres (03) de dos mil veintiuno (2021)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a esta Sala resolver sobre la legalidad del preacuerdo parcial por el delito de Prevaricato por Acción, suscrito entre la Fiscalía Sexta Delegada ante esta Corporación y el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D´GUZMÁN NARVÁEZ** cuya verificación se surtió en audiencia virtual realizada el 15 de julio de 2020.

2. ANTECEDENTES

2.1. SUPUESTOS FÁCTICOS

Exponiendo un resumen de los hechos presentados en la acusación por la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal, se tiene en cuenta que el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D´GUZMÁN NARVÁEZ** se desempeñó como Fiscal 60 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la ciudad de Pasto en la Unidad CAIVAS, que conoce de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cargo al cual fue designado mediante Resolución No. 0623 del 1º de septiembre de 2016, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Nariño, y que desempeñó hasta el 31 de mayo de 2018, cuando fue reasignado a la Unidad URI de Pasto.

En el ejercicio del cargo, el precitado fiscal, contactó a los indiciados, imputados o acusados o sus defensores y a las víctimas o sus representantes para propiciar diálogos tendientes a celebrar preacuerdos o el archivo de la indagación, condicionando el acto procesal a la necesidad de conseguir el dinero para reparar integralmente a las víctimas, para lo cual se constituiría un título judicial y posteriormente les sería entregado a las víctimas de los delitos de connotación sexual.

Una vez se concertó los montos de las indemnizaciones, familiares de los indiciados, imputados o acusados o en ocasiones los defensores, le entregaban personalmente en la oficina del señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** la cantidad de dinero pactada para realizar el preacuerdo o decretar el archivo de la indagación, para lo cual firmaba un recibo con registro de la fecha, el número del proceso, la cantidad de dinero recibida, las partes que suscribían el documento y la precisión de que los valores serían entregados para la reparación integral de las víctimas.

BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ, luego de recibir el dinero no constituyó ningún depósito judicial como tampoco lo entregó a las víctimas, y se apropió del mismo.

Para el presente asunto se establece la ocurrencia de quince eventos, cuatro de los cuales son objeto del preacuerdo en el siguiente orden:

Evento 3

Radicado No. 2016-80079 que se sigue en contra del señor W.A.O.M, por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años, en el que es víctima N.L.O.I. en el cual el 17 de junio de 2018, se

celebra un preacuerdo en el que el señor Fiscal varía la calificación jurídica del delito mencionado al de Acoso sexual, pactándose la pena de un año de prisión, y una reparación integral por el valor de \$ 5.000.000, que son entregados por el señor Miller Alexis Obando Díaz, hijo del procesado, al señor Fiscal el día 2 de mayo de 2018, pero que no son entregados a la víctima.

Evento 5.

Radicado No. 2016-05106 que se sigue en contra del señor H.R.S.B, en el que es víctima Y.M.F.O. quien fue objeto de tocamientos libidinosos y de acceso carnal vía anal en varias ocasiones entre los 5 y 10 años de edad, razón por la cual el señor Fiscal formuló imputación el 15 de noviembre de 2017 por los delitos de Acceso carnal violento en concurso con Actos sexuales con menor de 14 años, cometidos en concurso sucesivo y homogéneo.

Posteriormente presenta escrito de acusación el 13 de febrero de 2018, únicamente por el delito de Acto sexual con menor de 14 años.

En este caso la esposa del procesado fue abordada con insistencia por el señor Fiscal **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** para que consiguiera un dinero que se destinaría para la reparación integral de la víctima, el cual efectivamente fue entregado en dos fechas el 24 de abril de 2018 por valor de \$ 5.000.000 y el 25 de abril del mismo año por valor de \$ 5.000.000, para un total de \$ 10.000.000; sin embargo de ello no informó a la abogada representante de víctimas, ni a las víctimas, ni a la defensa como tampoco al Fiscal que lo reemplazó.

Evento 6.

Radicado No. 2016-03871 que se sigue en contra de M.A.V.A por el delito de Acto sexual con menor de 14 años, en el que se presentan como víctimas las menores SR y KTC; caso en el cual el señor Fiscal **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** celebró un preacuerdo el 10 de noviembre de 2017 a través del cual modificó de manera autónoma la imputación jurídica degradándola al delito de Acoso sexual, pactándose una pena de un año de prisión.

Previo a la celebración del preacuerdo el señor Fiscal **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** tuvo acercamientos con el abogado y familiares del procesado, a quienes les planteó la posibilidad de adelantar dicha actuación para lo cual era indispensable reparar a las víctimas, la cual fue fijada en la suma de \$ 2.000.000 que fue entregada por parte de la hermana del procesado Brisnavy Catalina Vásquez Achicanoy al señor Fiscal, sin que este emitiera algún recibo.

Evento 13

Radicado No. 2017-02233 que se sigue en contra del señor F.A.M.D por el delito de Acto sexual violento en el que es víctima Ana María Zambrano Ortega.

En este caso, el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** como Fiscal, explica a la víctima y al abogado defensor, que no cuenta con elementos materiales probatorios para adelantar la investigación, por lo cual el proceso debe ser archivado, pero para proceder a ello era indispensable indemnizar a la víctima, lo cual se fijó por el señor Fiscal en la suma de \$ 3.000.000, la que le fue entregada el 9 de octubre de 2017.

Posteriormente acudiendo a las facultades previstas en el artículo 79 del C.P.P., el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN**

NARVÁEZ en su condición de fiscal, ordenó el archivo de la indagación.

2.2. ACTUACIONES RELEVANTES

Por los hechos anteriores que hacen parte de un total de quince, la Fiscalía formuló imputación en contra del señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** en audiencia que tuvo lugar el 29 de agosto de 2019, en el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de Control de Garantías de Pasto, atribuyéndole cargos como AUTOR en la modalidad DOLOSA, por los delitos de Peculado por apropiación según lo previsto en el artículo 397 del C.P. inciso 1° en concurso homogéneo y sucesivo con el delito de Prevaricato por Acción tipificado en el artículo 413 ibídem, adicionando la circunstancia de mayor punibilidad indicada en el artículo 58-9 del C.P.

El 25 de octubre de 2019, se presentó escrito de acusación, en el que se mantiene la imputación jurídica, adelantándose la audiencia correspondiente los días 19 de noviembre de 2019 y 3 de diciembre del mismo año.

La audiencia preparatoria fue iniciada el 4 de marzo de 2020, y se suspendió ya que se anunció que se había adelantado un preacuerdo, pero en razón a que los representantes de víctimas manifestaron desconocimiento de los términos, se resolvió suspender a fin de que se socialice el trámite con las víctimas por parte de la Fiscalía, y se resolvió suspender para continuar el día 18 del mismo mes y año, sin embargo, debido a la situación de emergencia sanitaria derivada del virus Covid-19, no fue posible su realización.

Posteriormente, se adelantó audiencia el 15 de julio de 2020, en la cual efectivamente se presentó el acta de preacuerdo que había sido anunciada por cuya razón en lugar de adelantar el

debate probatorio se procedió a verificar los términos del mismo, los que fueron aceptados por el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ**.

Se corrió traslado.

La Dra. Lina Enríquez solicitó suspensión porque no le fue posible ubicar a las víctimas de los casos 3,5 y 6 a lo cual no se accedió ya que ella se encuentra representando los intereses de todas las víctimas, razón por la cual se requiere que aclare si los argumentos de oposición al preacuerdo se hacen extensivos respecto de todas las víctimas a lo cual manifestó que sí.

Finalmente se interrogó al acusado acerca de si aceptaba los términos del preacuerdo, a lo que respondió afirmativamente de manera libre, consciente y voluntaria, y que conocía las consecuencias de su decisión al igual que había recibido la asesoría de su abogado defensor.

3. TÉRMINOS DEL PREACUERDO

Se expone inicialmente lo pertinente respecto de la calidad foral del acusado y los eventos 3,5, 6 y 13 sobre los cuales versa la negociación, para establecer luego las cláusulas que lo rigen en su orden:

En primer lugar el acusado **BORIS ELKIN LÓPEZ D' GUZMAN NARVÁEZ**, asistido de su abogado defensor ACEPTA la acusación por parte de la Fiscalía como autor, a título doloso, del delito de PREVARICATO POR ACCIÓN tipificado en el Código Penal en el título XV, Capítulo tercero, artículo 413, en concurso sucesivo y homogéneo en la modalidad de proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, con la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el artículo 58-9 del C. Penal, en los eventos ya reseñados.

En segundo término, a cambio de lo anterior y como único beneficio, la Fiscalía, para efectos punitivos, aplicará al acusado **BORIS ELKIN LÓPEZ D' GUZMÁN NARVÁEZ**, La rebaja de penas que corresponde a la variación en cuanto al grado de participación de AUTOR a CÓMPLICE, aplicando las consecuencias punitivas de la coparticipación, específicamente lo dispuesto en el artículo 30 del Código Penal, inciso tercero.

Como tercer punto, para efectos de la dosificación de la pena y tomando en consideración el concurso de delitos (art. 31 del C.P), se partirá del delito más grave cuál es el PREVARICATO POR ACCIÓN que tiene una pena de prisión de 48 a 144 meses, multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

Para el caso concreto y en cuanto atañe a la pena de prisión, aplicando la pena mínima la disminución máxima del artículo 30, inciso 3° del Código Penal la pena mínima quedaría en 24 meses de prisión.

Esta pena de 24 meses de prisión en virtud del concurso de delitos dada la gravedad del hecho y la condición de fiscal del acusado con antecedentes penales por hechos similares teniendo en cuenta además que concurren circunstancias de mayor punibilidad se incrementa en cuatro meses para un total de pena pactada de **28 meses de prisión**.

Se acuerda además la pena de 40 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas que equivale a la mitad de la pena mínima establecida en el artículo 413 del código penal y multa equivalente a 33.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes que equivale a la mitad de la pena prevista en dicha norma.

4. POSICIÓN DE LAS PARTES E INTERVINIENTES FRENTE A LOS TÉRMINOS DEL PREACUERDO

4.1. Ministerio Público

El señor procurador mostró su conformidad con los términos del acuerdo bajo tres aristas: i) términos del preacuerdo ii) los derechos de las víctimas y iii) el respeto por el principio de presunción de inocencia.

En cuanto a lo primero conforme al contexto jurisprudencial, el preacuerdo es válido, ya que la sentencia SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional hace referencia a la ilegalidad de este tipo de actuaciones cuando se incluyen beneficios desbordantes. Por otra parte, la sentencia de la CSJ radicado 50227 del 24 de junio de 2020, establece pautas a seguir para este tipo de preacuerdos, dejando en claro que son procedentes aquellos en los que se pacta un cambio de participación de autor a cómplice solo para fines punitivos, y en ese entendido también el asunto con radicado No. 50659 del 8 de julio de 2020 ratifica la sentencia del del 24 de junio, dando viabilidad a que la Fiscalía bajo una discrecionalidad reglada, conforme al punto 6.2.5. se acepta la variación de la calificación, como modalidad de preacuerdo, con el fin único de degradar la pena, eso sí con el límite que está representado en la proporcionalidad de la pena.

En el caso la rebaja de la pena está acorde a la ley y a la gravedad de la conducta, así como se está aprestigiando la justicia, pues conforme a los fácticos y en el contexto jurisprudencial según las reglas fijadas por la CSJ y la Corte Constitucional, la pena se encuentra en los límites establecidos.

Igualmente las víctimas, fueron enteradas de los términos del preacuerdo, puesto que sus representantes judiciales han estado al tanto con su asistencia a las audiencias, han sido partícipes activas, por lo cual es factible darle viabilidad

Se encuentra igualmente la existencia de EMP que desvirtúan el principio de presunción de inocencia. Los mismos son claros y contundentes y determinan que el delito de Prevaricato se ha cometido.

4.2. La representante de víctimas Dra. Lina del Rosario Enríquez

Manifiesta por una parte que no ha sido posible enterar a todas las víctimas de los delitos sexuales del contenido del preacuerdo, respecto de los casos 3, 5 y 6; y de otra, respecto de los procesados de estos casos no se tiene conocimiento de si están representados y conocen el contenido del preacuerdo.

Presenta además oposición ante lo consensuado, porque en la etapa previa de la negociación, no fue informada respecto del criterio y observaciones que lo definieron, tan es así que el acta no fue suscrita por la representación, a la vez que la Fiscalía omite ciertos hechos relevantes, y las mujeres y niñas víctimas de los delitos sexuales, no fueron tenidas en cuenta en el preacuerdo.

No se garantiza así el derecho a la verdad porque no se exponen los hechos jurídicamente relevantes, en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar, porque además en cuanto al delito de Prevaricato por acción, deviene de un interés de apropiarse del dinero.

Por otra parte, según la línea jurisprudencial de la sentencia SU 479 de 2019 y la Sentencia CSJ del 24 de junio de 2020, se deben atender los derechos de las víctimas de especial protección,

como cuando se trata de menores de edad en relación a beneficios punitivos exagerados, y a la improcedencia de realizar preacuerdos.

En el acta de preacuerdo, se determina que la pena de multa de 33,33 smlmv, corresponde a la mitad de la pena del delito base, pero no fue tasada en otro tanto por el concurso de conductas punibles, por lo cual se presenta una violación flagrante al principio de legalidad.

En lo relacionado con la reparación integral, se ofrece un acto simbólico de pedir perdón, lo que corresponde a una decisión del acusado, sin tener en cuenta a las víctimas.

Se insiste en la irregularidad que fue advertida en la audiencia del 4 de marzo de 2020, para que se estudie los términos del preacuerdo con las víctimas, pero ello no sucedió, porque no fue posible el contacto con ellas respecto de los casos 3, 5 y 6.

4.3. Representante de víctimas Dr. Jhosymar Pereira

También requirió no aprobar el preacuerdo, aunque se sabe que no es posible adelantar un control material, y si bien la pena pactada se encuentra en los límites que corresponden a la institución jurídica de la complicidad, no tiene congruencia con los fácticos.

Además, la pena pactada es irrisoria al relacionarla con la conducta dolosa de quien se desempeñaba como fiscal y como tal se le debe exigir una sanción proporcional a la gravedad de los hechos, y el aumento que se realiza por el concurso delictual tampoco es coherente, pues en el caso se exige mayor reproche.

4.4. Representación de la Fiscalía – víctima – Dr. Andrés Felipe Hernández

Expone que los hechos incluidos en la imputación son ambiguos, presentan ciertas incongruencias sobre las circunstancias modales y lugar, y otros aspectos que en su parecer requieren de precisión.

Así en lo que respecta a los hechos relevantes en el caso 5, se debe precisar en qué fecha se presentó el escrito de acusación a que se alude, si fue en el año 2017 o 2018.

En el caso 6, se debe precisar cuál es el juzgado de circuito que improbo el preacuerdo, y quién fue el nuevo fiscal que asumió el trámite del preacuerdo.

Por otra parte, en cuanto a la sanción, atendiendo al grado de participación, queda claro que la aceptación de cargos es por los hechos jurídicamente relevantes según la acusación, y se produce una variación de la pena, la cual no obstante estar en los límites punitivos, al fijarse en el mínimo de 24 meses y adicionar 4 meses, al final no es proporcional a los hechos acusados, pues se debe tener en cuenta que no se trata de un hecho único, sino que es reiterativo.

Se trata de un sujeto calificado, por haberse desempeñado como fiscal y por esa razón el delito original de Prevaricato por acción, tiene su ámbito entre 48 y 144 meses, y al calcular la diferencia entre los dos extremos da un monto de 76 meses, y atender la circunstancia de agravación, el cuarto punitivo no se ubicaría en su mínimo de 24 meses, sino en los dos cuartos medios de la sanción, por lo cual para aprestigiar la justicia, no se debe ubicar en el cuarto mínimo sino en los medios, pues ya se le está reconociendo un beneficio al momento de aplicar la

norma relacionada con la complicidad. De esa forma, se determina que la pena no es razonable ni proporcional.

Tampoco se respetaron los derechos de las víctimas, sobre todo las vulnerables, por lo cual su participación debe ser anterior a la elaboración del preacuerdo, aunado a la dificultad para ubicarlas lo que impide su socialización.

4.5. La defensa

Por parte de la defensa expuso sus razones para considerar legal el preacuerdo, así:

La confección del preacuerdo no resulta de una imputación anclada, pues en esta como acto previo de la acusación, se estableció una relación de causalidad entre los hechos jurídicamente relevantes, entre los cuales se determina que entre los delitos de Prevaricato por acción y Peculado por apropiación, hay autonomía.

Igualmente se debe analizar si las víctimas del delito de Prevaricato por Acción, pueden serlo personas naturales.

Respecto de los derechos de las víctimas, se observa que hay confusión en cuanto a la obligación de socializar de la Fiscalía con todas y cada una de ellas, cuando en este caso se cuenta que sus intereses se encuentran representados a través de sus voceros judiciales dentro del proceso, quienes tienen la facultad de fijar postura frente a los preacuerdos sin necesidad de socializar a cada una de las víctimas, aunque sí se requiere explicación a las mismas.

De ahí la razón de ser del aplazamiento de la anterior audiencia para que se conozcan los términos del preacuerdo,

razón por la cual quienes tienen la facultad de fijar su postura lo pueden hacer a través de observaciones al mismo.

En cuanto a la crítica que se hace al considerar que se presenta una falta de claridad de los hechos jurídicamente relevantes, no es de recibo porque corresponde a la costumbre que la CSJ exige eliminar, por lo que no se deben presentar farragosos escritos de acusación, basados en la lectura de EMP, y más bien la Fiscalía debe extraer lo relevante, atendiendo a los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, lo que si se cumple en cada caso, pues se ha precisado cuáles son los hechos que serían contrarios a la ley, además que no se precisa en qué consistiría y en qué eventualmente se afectaría a las víctimas.

Así por ejemplo, informar cuál fue el juzgado de conocimiento que improbo un preacuerdo, no podría tener incidencia en cuanto a la estructura de la conducta punible, se trata únicamente de brindar la información a la que se puede acceder en los EMP descubiertos.

En cuanto al criterio de proporcionalidad para imponer una sanción, se echa de menos la claridad en la jurisprudencia, en materia de preacuerdos pues no se requiere la tabulación punitiva a través del sistema de cuartos, y aun en el evento en que se considerare que debe sujetarse a dicho sistema, hay discrecionalidad, porque de igual forma se debe tasar dentro de los límites.

En relación a la alegada gravedad de la conducta por la calificación del sujeto activo, ello ya se encuentra incluido en el tipo penal, en el que precisamente se requiere de dicho aspecto.

En el tema punitivo, respecto de la reparación simbólica que se propone, el arrepentimiento no depende inexorablemente que se requiera la iniciativa de víctimas, por lo que tiene cabida.

Por otra parte, no serían aplicables los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con el radicado 52227 de 2020, puesto que se realiza una modificación trascendental y estructural de la práctica judicial en tema de preacuerdos, lo que constituye un nuevo paradigma que no puede ser aplicable en cuanto a aspectos desfavorables, ya que recoge la línea que venía manejando y plantea otras o nuevas, por lo cual no serían aplicables. De tal forma que no podría haber irretroactividad de las sentencias, se estaría aplicando analogía en mala parte.

De la misma forma sucede con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es decir con la SU 479 de 2019, ya que la según la sentencia 621 de 2000 la jurisprudencia tiene fuerza normativa, y si se le atribuye esa fuerza, en el sistema de precedente flexible, hay una fuente de derecho que debe operar conforme a reglas del principio de favorabilidad, por lo que no serían aplicables a hechos anteriores.

Y aún si se tuviesen en cuenta los nuevos pronunciamientos jurisprudenciales, entre ellos el radicado 52227, se tiene que con el preacuerdo no se desbordan esos parámetros.

El esquema de negociación de los preacuerdos implica dos capitales, el primero el de la fiscalía que corresponde al de la acción penal y el segundo capital, para el acusado que corresponde a su inocencia.

En cuanto a víctimas no hay afectación, está pendiente el trámite en relación en lo que la Fiscalía entiende como peculado por apropiación, aunque a criterio de defensa no tiene ocurrencia, pero es ahí el espacio en el cual las víctimas tendrían la oportunidad a requerir indemnización, pues el preacuerdo conforme a su dinámica se refiere únicamente a prevaricato.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

La misma está radicada en esta Sala de conformidad con lo preceptuado en el numeral 2° del art. 34 de la Ley 906 de 2004.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Se trata de determinar la legalidad del Preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** conforme a los términos ya indicados.

Como problemas subsidiarios para arribar a una solución respecto del anterior cuestionamiento se establecerá lo siguiente:

1° Si se cumplen con las exigencias previstas en los artículos 327 de la Ley 906 de 2004, inciso 3° y 131 ibídem.

2°. Si la jurisprudencia citada por los y la representante de víctimas, resulta aplicable al caso

3°. Qué tipo de preacuerdo se plantea

4°. Se han respetado los derechos y garantías de las víctimas

5°. Se deberá examinar si la pena pactada es legal

6°. Si en el caso resulta exigible lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en cuanto al reintegro de al menos el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento patrimonial obtenido por el acusado fruto de la conducta punible que en este caso corresponde al delito objeto de preacuerdo de Prevaricato por acción.

5.3. ESTUDIO DEL CASO

Se procede a analizar los problemas jurídicos subsidiarios para resolver el cuestionamiento principal, en el orden planteado.

Al abordar cada uno de ellos se resolverán a la vez los siguientes reparos realizados por la representación de víctimas:

La Dra. Lina Enríquez y el Dr. Andrés Felipe Hernández, exponen que de manera previa a la elaboración del preacuerdo no se permitió la participación de las víctimas; adicionalmente el último de los togados, indica que la tasación de la pena no tiene en cuenta la circunstancia de agravación punitiva, como tampoco sigue criterios de razonabilidad y proporcionalidad que exige la jurisprudencia.

Por su parte, la defensa, además de exponer varios puntos sobre la legalidad del preacuerdo, plantea que los lineamientos jurisprudenciales no son aplicables ya que son posteriores a los hechos y las de la CSJ porque son posteriores a la elaboración del preacuerdo.

5.3.1. Exigencias legales previstas en los artículos 131 y 327 inciso 3° de la Ley 906 de 2004

De entrada, queda claro que respecto del delito de Prevaricato por acción que es objeto del preacuerdo frente a cuatro de los quince casos por los cuales ha sido llamado a juicio el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ**, cuenta con respaldo probatorio que aporta un mínimo de prueba frente a los elementos estructurales del delito previsto en el artículo 413 del C.P. en tanto que con los EMP aportados se acredita la calidad foral del acusado quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como Fiscal de la unidad CAIVAS.

Al menos desde el punto de vista objetivo se acredita la existencia de los procesos que en etapa de indagación e investigación tenían como objeto la judicialización de los señores W.A.O.M, H.R.S.B, M.A.V.A y F.A.M.D por delitos de connotación sexual frente a víctimas mujeres menores de edad en los tres primeros casos y adulta en el último caso, en los que a criterio de la Fiscalía acusadora el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** habría adoptado decisiones contrarias a la ley, al haber modificado unilateralmente las imputaciones iniciales de los tres primeros casos y proferir una decisión de archivo en el último evento.

Ese componente objetivo de la conducta se complementa desde el punto de vista subjetivo con la aceptación de responsabilidad que de manera libre, consciente y voluntaria adelanta el acusado **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ**.

En consecuencia, el principio de presunción de inocencia no se afecta con la suscripción del preacuerdo cuyos términos se sometieron a estudio en la audiencia efectuada por la Sala el día 15 de julio de 2020.

5.3.2. Lineamientos jurisprudenciales

Los representantes de víctimas acuden en varios apartes de sus intervenciones al criterio de autoridad jurisprudencial que se expone en la sentencia SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional y SP2073-2020, 24 de junio de 2020, rad. 52227, que según se expone por la defensa no deben regular o servir de fundamento para estudiar la legalidad del preacuerdo, en la medida en que son posteriores a la fecha de los hechos que se atribuyen a su prohijado a la vez que la última es posterior a la elaboración del preacuerdo que se adelantó en el mes de marzo de 2020.

Al respecto debe la Sala decir que no es extraño que en el escenario nacional el criterio jurisprudencial de las Altas Cortes pueda variar si nos atenemos a que en el ámbito de aplicación de las normas estas se actualizan conforme a los cambios que se producen a través de otras normas y a su interpretación, al punto que puede suceder que esos cambios resulten favorables y exigibles su aplicación aun cuando el proceso ha sido definido a través de sentencia, por lo cual el legislador prevé una causal de revisión con fundamento en el numeral 7° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, cuyo tenor establece: *Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.*

Pese a lo anterior, no en todos los casos puede establecerse si el principio de favorabilidad resulta aplicable frente a un cambio de postura jurisprudencial o al menos no resulta tan claro como ocurre ante una sucesión de leyes.

Así por ejemplo podemos citar algunas temáticas en las que la CSJ de manera concreta hace alusión a los cambios en la línea de interpretación, como así ha ocurrido en materia del decreto de pruebas en el SPA, según lo expuesto en AP4812-2016 del 27 de julio de 2016 en el radicado No. 47469; o en relación a la exigencia del reintegro cuando existe incremento patrimonial producto de la conducta, según lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, trátase de allanamiento a cargos o preacuerdo, según se explica en AP504-2020, del 19 de febrero de 2020, radicado 55166; o la discusión en torno a la obligatoriedad de acoger o no por parte del juez de conocimiento la solicitud presentada por la Fiscalía de absolver a la persona que es objeto de juzgamiento en los alegatos finales, según se reseña en SP1575-2020, del 17 de junio de 2020, radicado 50312.

De estos casos, en lo que se refiere al artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en el auto mencionado la Corte de manera específica explica que el precedente jurisprudencial que admite el allanamiento como una modalidad de preacuerdo y que incide en la exigencia de reintegro, solo es aplicable con posterioridad al 27 de septiembre de 2017, fecha en la cual se produjo una variación al respecto al reinterpretar el artículo 351 *ibídem*¹ y por esa razón en el asunto objeto de análisis en el que el allanamiento a cargos se produjo en fecha anterior al cambio jurisprudencial la Corte no exigió el aludido reintegro.

Ahora bien, en el último de los pronunciamientos citado² referente a la facultad del juez de conocimiento de apartarse de la solicitud de absolución por parte de la Fiscalía en la alegación conclusiva, reseñó que no era dable aplicar el principio de favorabilidad en la forma que se hace respecto de un tránsito legislativo. Así explicó:

“Por otra parte, la Sala en la decisión CSJ AP4523-2016, Rad. 48257 - reiterada en CSJ SP8468-2017, rad. 49467; CSJ SP16731-2017, Rad. 45964; CSJ AP841-2018, Rad. 50427, entre otras-, analizó sí respecto del precedente jurisprudencial, resulta o no aplicable el principio de favorabilidad oportunidad en la que se indicó lo siguiente:

«Frente a la concurrencia de posturas jurisprudenciales sobre el aspecto atrás analizado, y la obligación de aplicar la que resulte más favorable al procesado, es necesario hacer las siguientes precisiones:

En primer término, la asimilación que hace el impugnante entre derecho legislado y precedentes judiciales, de cara a la aplicación del principio de favorabilidad, es inaceptable, porque una cosa es el fenómeno de tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas que regulen de manera diferente un mismo asunto, y otra muy diferente que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria varíe la interpretación de un determinado precepto por considerarla errónea, tal y como sucedió en este caso. Sobre la posibilidad que tiene la Corte Suprema de Justicia de variar el precedente judicial por la razón atrás indicada, la Corte Constitucional ha precisado que

¹ CSJ, SP14496-2017, 27 sep. 2017, rad. 39831

² CSJ, SP1575-2020, 17 jun. 2020, rad. 50312

*El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. **Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro**³. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas pueden haber sido útiles y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica - que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. (SU-047/99, reiterada en C-836 de 2001).*

En esa misma línea de pensamiento, la Sala de manera reciente en la decisión CSJ SP953-2020, Rad. 56957, indicó lo siguiente:

«La Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia «fijada por los órganos de cierre se convierte en aplicable de manera general e inmediata, en sentido horizontal y vertical. A partir de ello, la lectura de la normatividad debe hacerse a la luz de los lineamientos y definiciones establecidas por el tribunal de cierre, sin perjuicio de las reglas establecidas para efectos de que de manera excepcional una autoridad judicial pueda apartarse del precedente judicial» (SU-406/16).

También ha precisado que es posible que los órganos de cierre cambien el precedente, siempre y cuando cumplan con la carga argumentativa de demostrar las razones de peso que justifican dicha modificación, y que «el cambio de una determinada posición jurisprudencial por el respectivo órgano de cierre, implica una modificación en la interpretación jurídica, es decir, del contenido normativo de determinada disposición y que, en atención al carácter vinculante general e inmediato del precedente, determina la aplicación judicial -en el orden horizontal y vertical- del derecho sustancial o procesal, según sea el caso».

Lo anterior es suficiente para desechar el argumento de la demandante, porque el precedente por medio del cual la Corte varía su postura, produce efectos inmediatos y obligatorios no solo para el caso que dio lugar a la modificación, sino también sobre los que deban resolverse hacia el futuro, a partir de ese momento (CSJ AP4523-2016, Rad. 48257 - reiterada en CSJ SP8468-2017, rad. 49467; CSJ SP16731-2017, Rad. 45964; CSJ AP841-2018, Rad. 50427, entre otras). Y, adicionalmente, se insiste, porque para cuando se emitió la sentencia ya se había proferido la

³ Negrillas fuera del texto original.

decisión CSJ SP6808-2016, Rad. 43837, que reguló dicho acto procesal”.

Vemos entonces, que la solución en punto de si un criterio jurisprudencial que genera cambios en la forma de interpretar una norma, puede evaluarse en que estos sean o no favorables y dependiendo de ello acoger o no la nueva postura, dependerá de cada situación en particular.

Ahora bien, en materia de preacuerdos, dadas las vicisitudes especiales que han llevado a amplios y constantes debates, menos puede decirse que los últimos lineamientos jurisprudenciales puedan o no aplicarse a los preacuerdos elaborados con anterioridad, pues resulta que si de establecer un criterio de favorabilidad se tratara, ello no resulta tan claro ante la diversidad en las formas que adquieren las negociaciones entre la Fiscalía y las personas objeto de investigación.

Adicionalmente, advertimos que la Corte Suprema de Justicia, para la evaluación de preacuerdos anteriores a la SU 479 de 2019, ha aplicado sus parámetros, como ocurrió con el asunto estudiado a través del fallo SP3002-2020, del 19 de agosto de 2020, rad. 54039, en el que estableció que si bien en la suscripción del preacuerdo del 16 de diciembre de 2016, se incurrieron en varios yerros, entre ellos que se había aplicado en el caso una rebaja excesiva de la pena conforme al criterio expuesto en la SU, no casó la sentencia impugnada para no desmejorar la situación jurídica del procesado como apelante único.

En esa línea no es dable en el presente asunto acoger la postura de la defensa, que aboga porque la evaluación de la legalidad del preacuerdo se aparte de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la CSJ; es más, se resalta que la sentencia SU 479 de 2019 fue emitida el 15 de octubre de ese año, razón por la cual sus lineamientos debía

atenderse en la negociación que nos ocupa que fue suscrita en el mes de marzo de 2020.

Adicionalmente, se advierte que la sentencia SU 479 de 2019 no hace referencia a un cambio de postura, como tampoco lo menciona la decisión de la CSJ en su pronunciamiento SP2073-2020, 24 de junio de 2020, rad. 52227 en el que integra la posición de la Corte Constitucional para exigir un control material por parte del juez de conocimiento respecto de aquellos preacuerdos que generan rebajas desproporcionadas de la pena eventualmente aplicable.

5.3.3. Tipo de preacuerdo

La tensión jurídica en el *sub examine* surge de la decisión adoptada por parte del procesado de aceptar su responsabilidad frente a la imputación formulada por la Fiscalía, a través de un acto jurídico que la representación judicial de las diferentes víctimas incluyendo, consideran que es ilegal, por un lado por afectar sus derechos de manera previa a la elaboración del preacuerdo y por otro, al pactar una rebaja de pena desproporcionada y alejada de lo razonable.

Dicha tensión se torna compleja porque además, el sistema de justicia premial que inicialmente se impone como uno de los fines del Sistema Penal Acusatorio, ha generado un sin número de debates en los estrados judiciales, que reflejan que la facultad estatuida en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, que atribuyó a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio privativo de la acción penal y por ende la posibilidad de acudir a formas anticipadas de terminación del proceso, en ocasiones ha llegado a extremos en los que se evidencia inequidad, y vulneración de derechos y garantías que se debaten entre las posiciones a favor de un control mínimo en lo formal a uno máximo de tipo material, dando origen a diferentes

pronunciamientos jurisprudenciales entre los que podemos destacar los siguientes, de los que se exponen algunos aspectos sin la intención de que con ello se agote la temática analizada por las Altas Corporaciones en materia penal y constitucional.

- De la Corte Suprema de Justicia:

Se tiene como relevante el fallo SP14191-2016, de 5 de octubre de 2016, rad. 45594, en el que se expone entre otros aspectos las tres posturas que ha asumido la Alta Corporación frente al nivel de control que se ejerce por parte de los jueces a la hora de evaluar la legalidad de un preacuerdo: (i) la que niega cualquier posibilidad de control material (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido cuando ocurran situaciones manifiestas de violación de derechos y garantías fundamentales.

También es importante el fallo SP2073-2020, 24 de junio de 2020, rad. 52227, en el que por una parte y entre otros aspectos cita la sentencia SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional, en cuanto a los límites de la Fiscalía para otorgar beneficios punitivos cuando en el caso esté inmersa la comisión de delitos graves en los que las víctimas ostentan una situación de vulnerabilidad que merezca una protección especial, cuyos derechos se desconocen y se otorguen rebajas de pena considerables o desproporcionadas.

Hace referencia también a aquellos aspectos a verificar en el trámite anticipado: i) Las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que deben constituir delito ii) El mínimo probatorio y demás elementos del Art. 327 de la Ley 906 de 2004 para salvaguardar el principio de presunción de inocencia iii) La claridad con la cual se deben fijar los términos del preacuerdo,

para establecer si el cambio de la calificación jurídica es el resultado de un ajuste a la legalidad o a la concesión de un beneficio iv) Los límites de los preacuerdos, en cuanto a su viabilidad legal al otorgar beneficios sea por la modalidad o por la cantidad de los mismos o por las restricciones frente a unos delitos v) Los derechos del procesado y vi) Los presupuestos legales de la condena.

Finalmente, el fallo SP3002-2020, del 19 de agosto de 2020, rad. 54039, decisión en la que la Corte reitera y resalta las diferencias entre el control material a la acusación, entendida como la actividad de parte realizada en una determinada fase del procedimiento –ordinario o abreviado-, con las verificaciones que deben hacer los jueces al momento de emitir sentencia. Perspectiva, desde la cual ha de entenderse que la acusación contiene la pretensión que la Fiscalía le presenta al juez competente sobre la forma como debe resolverse el caso, y es en ese ámbito –el de la estructuración y presentación de la pretensión punitiva, concretada en la acusación- sobre el cual a los jueces les está vedado realizar un control material, sin perjuicio de las consabidas labores de dirección, orientadas a que la Fiscalía cumpla los aspectos formales previstos en la ley.

Resalta también las diferencias entre la condena emitida en el trámite ordinario y el abreviado.

Explica además que la Fiscalía puede introducir algunos cambios a las premisas de índole fáctico y jurídico que hacen parte de la imputación, originando inclusive resultados favorables al procesado, y las verificaciones que se deben adelantar en esos eventos, ante todo cuando esas modificaciones se presentan como “ajustes a la legalidad” y tienen como base el principio de progresividad de la investigación. Y la diferencia con aquellos casos en los que no se trata de realizar estos cambios sino otorgar

un beneficio netamente punitivo, en los que no se requiere la presentación de prueba de respaldo.

- De la Corte Constitucional:

La SU 479 del 15 de octubre de 2019, en la que la Corte llama la atención sobre varios problemas detectados en los dos casos que se permitió revisar en los trámites de tutela accionados por una parte en defensa de los derechos de las víctimas para que se declare la ilegalidad del preacuerdo y de otra en pro de los derechos del procesado para que por el contrario se avale la legalidad del preacuerdo.

Encontró la Corte entre otras situaciones, que se vienen aplicando atenuantes sin base fáctica ni un mínimo probatorio, o casos en los que no se tuvo en cuenta los derechos de víctimas, dejando de propiciar por ejemplo la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto. Pone en evidencia también la Corte la concesión de rebajas desproporcionadas y la falta de coherencia en las diferentes negociaciones, lo cual genera en concreto que por una parte se otorguen tratos diferentes a supuestos de hecho similares, lo cual desconoce el principio de igualdad, y por otra un trato igual a situaciones que evidentemente merecían la aplicación de un enfoque diferencial.

Aboga la Corte como parte de la solución a la problemática que pone de relieve, para que los jueces realicen un control material al revisar la legalidad de los preacuerdos.

Por supuesto que no pretendemos agotar en su totalidad la línea jurisprudencial de una y otra corte, pero sí presentar algunos de los pronunciamientos a la fecha emblemáticos, porque sin duda el debate sigue abierto y sus consecuencias son diferentes dependiendo del caso que se somete a estudio en los estrados judiciales y las diferentes instancias procesales.

Hecha esta introducción, debe la Sala proseguir con el estudio que ahora nos ocupa, resaltando entonces la importancia de establecer el tipo de preacuerdo que se suscribió entre la Fiscalía y el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ**, por lo que nos permitimos indicar en primer lugar que, en la praxis judicial, la confección de un preacuerdo no se encasilla a una sola modalidad o categoría, independientemente de la nominación que se quiera dar a la hora de fijar los términos de cualquier forma de terminación anticipada del proceso.

Es así como encontramos por una parte unas categorías legales que se encuentran claramente establecidas en los artículos 349 a 353 de la Ley 906 de 2004, las que por supuesto se establecen de manera general por el legislador pero que en específico y dependiendo del manejo que se otorgue en el caso a caso, adquieren diferentes formas para llegar al resultado que la ley prevé.

Así por ejemplo el artículo 349 procesal penal, establece una diferencia para aquellos casos en que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, en cuyo caso, el tipo de preacuerdo que se suscriba independientemente del resultado del mismo, debe garantizar previamente el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial referido.

El artículo 351 define dos modalidades, una en la que el imputado simplemente se declara culpable del delito imputado y otra en la que este se declara culpable de uno relacionado de pena menor a cambio de que el Fiscal 1) elimine de su acusación alguna causal de agravación específica o 2) Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

En general podríamos seguir haciendo un recorrido normativo, en el que las clases de preacuerdo se definen también conforme a rebajas porcentuales según la fase en que se adelante el mismo, y que es de aquellos eventos a que hace referencia la Corte Constitucional en su paradigmático fallo SU 479 de 2019, como el tipo de preacuerdo que se da según la “oportunidad” procesal. Advertimos sin embargo que no resulta necesario traer en su integridad el texto legal para avanzar en nuestro estudio, por lo que enseguida continuamos con otras presentaciones que se han consolidado a través de los pronunciamientos jurisprudenciales.

En ese recorrido que no se puede decir que se encuentra agotado, encontramos que conforme al avance en el estudio de los casos específicos, por ejemplo lo expuesto por el Dr. Eugenio Fernández Carlier, en salvamento de voto parcial a la decisión, proferida por la Corte Suprema de Justicia⁴, quien hace referencia a tres tipos de preacuerdo: i) El simple, ii) Con degradación y iii) Con readecuación típica.

Igualmente, en el fallo SP3002-2020, del 19 de agosto de 2020, rad. 54039, al que ya hemos hecho referencia párrafos atrás, la Corte alude por un lado a los preacuerdos en los que la Fiscalía realiza un “ajuste a la legalidad” y por otro aquellos en los que se otorgan beneficios únicamente con efectos punitivos.

Retomando varias de las enseñanzas anteriores, nuestra Corporación en reciente pronunciamiento – SP del 9 de septiembre de 2020, radicado 2018-03828 NI.26912, MP Silvio Castrillón Paz, aludió al tipo de preacuerdos que ostentan una base factual de aquellos que no, estos últimos que aterrizan el caso a la imposición de una pena menor sin tener en cuenta la base factual incluida en la imputación inicial, o lo que es lo

⁴ CSJ, SP 2168-2016, feb 24 2016. Rad. 45736.

mismo, preacuerdos en los que se otorgan beneficios únicamente con efectos punitivos. Y así se explicó sobre estas modalidades:

“En punto de los controles judiciales a estas modalidades de preacuerdo, que conllevan cambios en la calificación jurídica inicial de la Fiscalía, resulta fundamental traer a colación importantes precedentes del máximo órgano de constitucionalidad y de la corporación judicial ordinaria de cierre en materia penal, quienes en sentencias SU-479 de 2019 y de Casación Penal en los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020, han trazado líneas conceptuales orientadas a distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte o si, al no tenerla, simplemente la referencia a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tienen como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último por no tener relación alguna con el asunto. Esta labor resulta fundamental para establecer las cargas de las partes en la presentación del preacuerdo, los límites de competencia del Juez de Conocimiento en los controles al mismo, y hasta para delimitar las mismas consecuencias punitivas”.

Con esta breve reseña, miremos entonces a cuál de estas modalidades corresponde el preacuerdo cuyos términos aceptó el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D´GUZMÁN NARVÁEZ.**

Si acudimos al criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia en los Radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020, el tipo de preacuerdo suscrito por el prenombrado, es de aquellos en los que se aplica determinada institución jurídica únicamente con efectos punitivos, con lo cual no se requiere una correspondencia factual como tampoco de elementos probatorios que respalden el cambio. Ello es así porque:

1. No hay variación del componente fáctico que tuvo ocurrencia en los cuatro eventos tildados de prevaricadores por parte del ente acusador al señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D´GUZMÁN NARVÁEZ.**
2. Igualmente, la imputación jurídica inicial se mantiene, pues el delito sigue siendo el de Prevaricado por acción.

3. Ante la exigencia jurisprudencial, para que los términos de la negociación sean claros, la Fiscalía de manera concreta, explica que la circunstancia prevista en el artículo 30 inciso 2° del C.P., se aplica únicamente para efectos punitivos.

Entonces el tipo de preacuerdo a través del cual el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** acepta su responsabilidad, en cuanto a su modalidad se encuentra en principio ajustado a derecho, aunque se requiere enseguida auscultar lo pertinente respecto a los derechos de las víctimas y el monto de la pena pactado.

5.3.4. Derechos de las víctimas frente al trámite de los preacuerdos:

Resulta de suma gravedad lo acontecido con las diferentes investigaciones que estuvieron bajo la responsabilidad del acusado, quien fue ubicado en la Fiscalía al interior de su estructura en la unidad que atiende a víctimas de delitos sexuales, conocida como CAIVAS, porque con el actuar que le endilga la Fiscalía, lejos de la calificación jurídica que se asigne, al parecer afectó a un sinnúmero de personas de las que podemos distinguir por el momento al menos dos grupos, sin que ello implique desconocer los derechos de la Fiscalía como víctima:

- a) Las menores de edad y una adulta de las que se dice fueron las que directamente sufrieron la agresión sexual, para quienes estaba destinada las sumas de dineros que se entregaron con el fin de surtir su indemnización integral.
- b) Los presuntos procesados y sus familiares, quienes entregaron directamente o a través de sus apoderados los

valores que tenían como fin esa reparación a que hacemos alusión.

Para estos dos grupos, las dificultades que surgen incrementan la carga que implica sujetarse a un proceso de tipo penal, en tanto que no se trata ya de superar el inicial trámite penal sino afrontar uno adicional en el que se debate la responsabilidad penal de quien ostentaba autoridad para adelantar las diferentes investigaciones, quien al parecer habría adoptado decisiones contrarias a la ley además de haber requerido la entrega de diferentes sumas de dinero con una finalidad que no se concretó.

Innegable resulta entonces, que debía la Fiscalía adelantar un arduo trabajo para identificar a las diferentes personas que integran estos grupos de víctimas, a la hora en que se planteó la posibilidad con el acusado **BORIS ELKIN LÓPEZ D´GUZMÁN NARVÁEZ** de adelantar un preacuerdo, y como podía generar un grado de dificultad el manejo de los términos del mismo con los afectados por su cantidad, lógico resultaba consolidar los mismos a través de sus apoderados judiciales.

Ahora bien, se sabe suficientemente que en materia de negociaciones con la finalidad de terminar de manera anticipada un proceso, las víctimas no ostentan un poder de veto tal como se enuncia en el fallo SP del 15 de octubre de 2014, 13939-2014 Radicado N° 42184; sin embargo, ello no obsta para que la Fiscalía deba amparar todas aquellas garantías y derechos que no solo se consagran en la Ley 906 de 2004, sino que se han ampliado a nivel jurisprudencial. Por solo citar algunos ejemplos se tiene el artículo 11 que consagra, entre otros derechos, el recibir un trato digno y humano, a ser informadas del avance del proceso, a ser oídas, o a ser consultadas cuando se vaya a adoptar una decisión discrecional de la Fiscalía.

Igualmente, el artículo 135 *ibídem*, desarrolla la regla general para que la Fiscalía comunique a las víctimas sus derechos desde el momento en que tengan el primer contacto con las autoridades y el artículo 137 establece que éstas tienen derecho a intervenir en todas las fases de la actuación judicial.

Ahora en concreto respecto de las facultades de las víctimas para eventos en que se realiza un preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, la Corte Constitucional en la sentencia C 516 de 2007, indicó:

“La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; 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. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado. Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima.”

En otra de sus decisiones, en la sentencia C 059 de 2010, la Corte explicó sobre el tema de acuerdos y negociaciones lo que sigue:

“(i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tomada en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos.”

Nuestra Corporación también ha sido insistente en el reconocimiento y la exigencia para que se garanticen los derechos de las víctimas, a la hora de adelantar el tipo de actuaciones que ahora se debate, al punto de que se ha declarado la nulidad de las mismas a partir de la verificación de los términos de las negociaciones⁵.

Por supuesto, la forma en que la Fiscalía logre tal garantía dependerá de la estrategia que siga en cada caso en particular, lo importante es que se acaten los lineamientos legales y jurisprudenciales para hacer efectivos los derechos de las víctimas, a manera de ejemplo y haciendo referencia a un plano meramente operativo, podemos acudir a la Doctrina⁶ que nos brinda una orientación al respecto en puntos como los siguientes:

1.- No es obligación que la víctima intervenga en los preacuerdos, basta con invitarla a que intervenga, luego, es deber de las autoridades judiciales garantizar su convocatoria efectiva.

⁵ TS de Pasto, 29 jul 2014, NI 8291. MP Dr. Franco Solarte Portilla, TS de Pasto, 26 oct 2017, NI 2299, MP Blanca Arellano Moreno

⁶ URIBE GARCIA, Saúl. “LA VÍCTIMA Y SUS DERECHOS EN EL SISTEMA ACUSATORIO”. En texto colectivo “REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO”. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín 2008. Páginas 383-384.

2.- La víctima debe ser oída por el Fiscal antes de celebrar el acuerdo para que manifieste su punto de vista con respecto al mismo.

3.- La víctima debe ser informada por el Fiscal de la celebración del acuerdo y consignar en el mismo la manifestación hecha por la víctima, para lo cual, deberá entregarle copia del acuerdo a ésta.

4.- La víctima debe ser informada de la fecha y hora de la celebración de la audiencia donde se impartirá aprobación por el juez de conocimiento a los allanamientos a cargos y a los eventuales acuerdos a los que hayan llegado los imputados con la Fiscalía.

Por otra parte, en aras de salvaguardar las garantías y derechos a que hacemos referencia, el juez de conocimiento también debe adelantar actuaciones que permitan ese contacto necesario para concretar esas formas anticipadas de terminación de un proceso, cuando la Fiscalía y la defensa, plantean esa posibilidad, de ahí que una vez que esta Sala fue enterada de que se había confeccionado un documento contentivo de una negociación, y aun sin conocer sus cláusulas, se expuso en audiencia del 4 de marzo de 2020, por parte de los representantes de las víctimas, que no habían sido enterados de esta opción procesal y en ese sentido se suspendió la actuación para que se propiciara el espacio que permitiera revisar la negociación que se estaba trabajando.

Sin embargo, debe advertirse que no se trata simplemente de comunicar o socializar el contenido del acta que contiene un preacuerdo, sino de conocer la posición de las víctimas, y en la medida de lo posible tener en cuenta sus solicitudes, sin que se quiera decir con ello que las diferentes víctimas puedan negarse

a que el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ**, acepte los cargos por los cuales ha sido acusado por parte de la Fiscalía, o evitar que aquel renuncie al juicio público al que tiene derecho, sino que debían entre otras formas, ser informadas de las razones por las cuales se establece que puede resultar más efectivo terminar el proceso de manera anticipada; o conocer con qué monto punitivo podría eventualmente estar acorde con su derecho a la justicia, así tal criterio no fuese acogido; o si existe alguna intención de resarcir los daños ocasionados, sin que esto último signifique que se pretenda adelantar la finalidad del incidente de reparación integral.

En este caso, no se conoce o al menos no se explicó que la Fiscalía haya escuchado la posición de los y la representante de víctimas, si al tenerse en cuenta sus intereses se pactó una pena acorde a los mismos o si definitivamente no era posible acoger sus sugerencias, en aras de finiquitar al menos de manera parcial el caso que se sigue en contra del acusado.

No se trata ya de mencionar que las víctimas no fueron enteradas de manera previa de la negociación, porque tal irregularidad fue salvada en el momento en que se suspendió la audiencia para lograr la interacción requerida, sin embargo dado el aplazamiento inicial y el que luego se generó por la emergencia sanitaria, transcurrió un periodo de tiempo, que no surtió el efecto requerido, en tanto que la Fiscalía no logró un punto de equilibrio que atendiera la postura del procesado de aceptar su responsabilidad y los requerimientos de las víctimas, o dejar constancia de que conocidos los mismos no era posible acogerlos.

Encontramos en este punto del análisis un primer reparo que genera un quiebre para considerar legal el preacuerdo expuesto en audiencia de julio 15 de 2020, lo cual propició fallas a la hora de pactar la pena como enseguida se pasa a explicar.

5.3.5. Pena pactada

En cuanto al monto punitivo incluido en la negociación, encuentra la Sala dos aspectos críticos que afectan la legalidad de la pena.

El primer reproche que se permite la Sala presentar, se relaciona con las exigencias jurisprudenciales, que para el *sub examine*, resultan aplicables, ante todo porque el monto de pena pactado, refleja una rebaja de pena desproporcionada, que abre las puertas para adelantar un control material alrededor de ese aspecto.

Para ello, se tiene como un parámetro que resulta de suma utilidad a la hora de adelantar este análisis, el determinar el monto de la pena que sería aplicable en caso de que la teoría del caso acusadora venciera el principio de presunción de inocencia de quien ha sido llamado a juicio, adelantando el proceso de individualización y tasación de la pena, bajo el sistema de cuartos, que por supuesto no es aplicable conforme lo aclara el señor defensor para fijar el monto de pena pactado en un preacuerdo, solo que en este caso, se tiene simplemente como un punto de referencia para hacer el comparativo que nos lleve a definir si la rebaja de pena resulta o no desmedida, dependiendo también de la etapa procesal en la que se adelante el pacto.

Así vemos que, en el caso, de aplicarse el sistema de cuartos al existir únicamente circunstancias de agravación punitiva, el artículo 61 del C.P. indica que la pena deberá imponerse en un rango ubicado en el extremo superior.

Al respecto, si bien es cierto la Fiscalía incluyó en la imputación únicamente la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 58 numeral 9 del C.P. la Corte de tiempo atrás ha indicado que no importa si es una o son varias las

circunstancias, su sola existencia resulta determinante a la hora de definir el cuarto de movilidad en el que se ha de fijar la pena a imponer. Y así lo explica en el asunto SP 27 de mayo de 2004, radicado No. 20642, reiterado en SP 27 de febrero de 2013, radicado No. 38567:

“La concreción o la selección del cuarto mínimo obedecerá a la presencia exclusiva de circunstancias de atenuación o a la inexistencia conjunta de agravantes y atenuantes; en tanto que la ubicación en los cuartos medios se originará en la concurrencia simultánea de circunstancias de agravación y de atenuación, al paso que en el cuarto extremo se ubicará el juez por razón de la existencia exclusiva de agravantes.

*Debe dejarse en claro que en este momento sólo ha de tenerse en cuenta la **existencia o presencia** de agravantes y/o de atenuantes, resultando indiferente su número (singular o plural) a la hora de la selección del respectivo cuarto, así como expresamente ha de señalarse que en este específico paso del proceso punitivo no procede el análisis al interior de las circunstancias, vale decir, que sólo se requiere -se itera- la comprobación de su existencia o presencia”.*

Siendo así, la pena podría pactarse entre 96 meses y 1 día y 120 meses, atendiendo al monto imponible fijado conforme a la tipificación del artículo 413 del C.P. y la rebaja que deviene del artículo 30 incluido como factor de negociación punitiva. Miremos:

Cuartos	Art. 413 C.P.
1er cuarto	48 a 72 meses
2o cuarto	72 meses + 1 día a 96 meses
3er Cuarto	96 meses + 1 días a 120 meses
4o cuarto	120 meses + 1 día a 144 meses

Cuartos	Art. 413 + art. 30
1er cuarto	24 a 48 meses
2o cuarto	48 meses + 1 día a 72 meses
3er Cuarto	72 meses + 1 día a 96 meses
4o cuarto	96 meses + 1 día a 120 meses

Sin embargo, la pena pactada para el delito base antes del incremento por el concurso delictual, fijado en 24 meses, no

refleja ningún monto adicional por la circunstancia de agravación punitiva del artículo 58-9 del C.P.

Resulta así, que si la pena debía acordarse en un mínimo de 96 meses y un día, para el delito base, la pena pactada en el preacuerdo de 24 meses, implica una rebaja de al menos 72 meses que en términos porcentuales representa una disminución del 75 %, exhibiéndose como desproporcionada para la etapa procesal que se está adelantando cuando se había convocado ya para el desarrollo de la audiencia preparatoria.

Pasamos entonces al segundo punto de reproche que en este caso afecta el principio de legalidad, en la medida en que se determina que la pena de multa equivalente a 33.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tal como lo señala la representante de víctimas, Dra. Lina Enríquez, no refleja el incremento punitivo que se debe aplicar al amparo de las reglas del concurso de delitos; y claro que resulta totalmente acertada dicha posición, puesto que el artículo 39-4 del C.P. ordena que en caso de concurso de conductas punibles, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, lo cual no se cumple bajo ningún punto de vista conforme al monto pactado que se presenta en su mínima expresión y únicamente para un delito.

5.3.6. Aplicación del artículo 349 del C. de P.P.

La presentación del preacuerdo que concita nuestra atención, implica una aceptación parcial de los cargos imputados, lo cual es válido desde el punto de vista legal, al tenor del artículo 353 del C. de P.P., sin embargo, por las circunstancias modales que se incluyen en la acusación como parte del comportamiento del procesado, existe una relación directa y por ende sustancial entre las dos conductas típicas que se le atribuyen.

Es así como a **BORIS ELKIN LÓPEZ D´GUZMÁN NARVÁEZ**, la Fiscalía le imputó los delitos de Prevaricato por acción y Peculado por apropiación; básicamente porque para adoptar decisiones que se estima son contrarias a la ley, tales como adelantar preacuerdos, cambiar la imputación o archivar las investigaciones a favor de los procesados, llámense imputados o acusados, el señor Fiscal presuntamente les requirió la entrega de ciertas sumas de dinero con el pretexto de que ello sería destinado para reparar a las víctimas, como un condicionamiento para adoptar esas decisiones que se tildan de ilegales.

Siendo así, encuentra la Sala que ambas conductas se encuentran permeadas por un fin económico, al menos en la hipótesis fáctica planteada por la Fiscalía en la imputación que se mantiene en la acusación.

Sin embargo, por los términos del preacuerdo en la forma en que se adelantó, la Fiscalía no incluyó ningún aspecto relacionado con el requisito exigido en el artículo 349 del C. de P.P. lo que lleva implícita una premisa, pues estaría considerando que al incurrir el acusado en los delitos de Peculado y Prevaricato por acción, solamente la ejecución del primero es idóneo para generar un incremento patrimonial en el sujeto activo del delito.

Tal premisa resulta en el contexto fáctico expuesto, inaceptable, puesto que la exigencia de la norma citada, constituye un requisito de procedibilidad para dar viabilidad a un preacuerdo, respecto de todas las conductas que hubiesen generado el incremento patrimonial, independientemente de que su descripción típica integre la intención de obtener ese beneficio económico.

Al efecto la Sala se permite apoyar en el criterio jurisprudencial que enseña nuestra alta Corporación penal⁷, que expone al respecto, en un caso en el que se involucraban los delitos de Concusión y Prevaricato por acción:

“Dicho de otra manera, no solamente los tipos penales que describen un interés patrimonial -ya sea que se concrete, o bien que solamente sea un fin ulterior del sujeto activo- son aptos para generar una ganancia patrimonial en el agente. Son los hechos objeto de investigación los que, en últimas, permiten establecer si como consecuencia de la comisión de una o varias conductas punibles el actor obtuvo un incremento patrimonial.

En este caso en particular, puede admitirse que en realidad el delito de concusión involucra en su descripción típica un beneficio para el sujeto activo, o para un tercero. Así reza el artículo 404 del Código Penal:

“CONCUSION. *El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de [...]”* (Subraya la Corte).

De igual forma, es verdad que el delito de prevaricato por acción (artículo 413 de la Ley 599 de 2000), el mismo que aceptó la imputada, no contiene en su estructura la efectiva obtención de un beneficio patrimonial, ni siquiera como una intención del agente. Así dice el tipo penal:

“PREVARICATO POR ACCION. *El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión...”*

*Y es cierto, en fin, que la procesada **MPGP**, con ocasión del ejercicio de sus funciones como fiscal delegada, incurrió en esta última práctica y fue como obtuvo para sí una considerable suma de dinero, pues así lo aceptó.*

Pero no lo es menos que los hechos del proceso -aceptados por la acusada- permiten establecer que las decisiones judiciales contrarias a derecho emitidas por aquella, y que configuraron el delito de prevaricato, estuvieron íntima y estrechamente relacionadas con el incremento patrimonial obtenido por la funcionaria judicial que, según la fiscalía, fue cercano a los \$150.000.000. Los acontecimientos fácticos admitidos así lo muestran con total claridad”.

⁷ CSJ, AP 27 abr. 2011, rad. 34829 MP José Luis Barceló Camacho

Siendo así, resulta que también por esta senda, el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía Sexta Delegada ante esta Corporación y el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** cuya verificación se surtió en audiencia virtual realizada el 15 de julio de 2020, se afecta de ilegalidad por lo cual así se resolverá.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA ILEGALIDAD del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía Sexta Delegada ante esta Corporación y el señor **BORIS ELKIN LÓPEZ D'GUZMÁN NARVÁEZ** cuya verificación se surtió en audiencia virtual realizada el 15 de julio de 2020.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso de apelación ante la H. Corte Suprema de Justicia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

1494

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS
FACULTADES LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 07 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020, PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020 y PCSJA20-11632 del 30 septiembre de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y CSJNAA20-21 del 24 de junio de 2020 emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro del proyecto presentado en el asunto arriba referenciado.

Pasto, 14 de diciembre de 2020.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario