

TIPOS DE PREACUERDOS – Reiteración sentencias 52.227 del 24 de junio de 2020 y 54.039 del 19 de agosto de 2020 de la Corte Suprema de Justicia y la SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional.

“De acuerdo con tales precedentes, sobre todo con los dos primeros, entre los distintos grupos de preacuerdos existentes están aquellos que de una u otra forma conllevan el cambio de calificación jurídica. Estos a su turno pueden ramificarse en dos tipos: aquellos que cuentan con base fáctica y los que no. Dicha diferenciación es diametral hacerla, pues de ello dependen las cargas de las partes en la presentación del preacuerdo, particularmente de la fiscalía, los controles o verificaciones que debe hacer el juez de conocimiento y las consecuencias que tales pactos tienen.

Los convenios que pertenecen a la primera categoría son los que obedecen al carácter progresivo de la actuación penal. Como es que el grado de conocimiento de los hechos en las distintas etapas del proceso –y conforme avance- es distinto, es normal que suceda que en la fase investigativa al momento de formular la acusación el fiscal cuente con mayores detalles sobre los hechos (...). De otro lado, entre los preacuerdos con cambio de calificación jurídica sin ninguna base factual, hay unos que son inaceptables y otros que potencialmente son admisibles”.

IMPROBACIÓN DEL ACUERDO – No satisface los presupuestos y límites que según el tipo de pacto arribado operan en la materia, particularmente respecto de la calificación jurídica y beneficio acogidos.

PREACUERDO SIN BASE FÁCTICA – Se aplica en este caso, y se limita a la aplicación de figuras normativas para la exclusiva reducción punitiva.

“Repítase que la aceptación de responsabilidad penal se ha hecho respecto de la hipótesis fáctica y jurídica del cohecho por dar u ofrecer y no del abuso de autoridad. Para el efecto, este último reato es una mera ficción destinada, no a que se condene por el abuso de autoridad, sino a que se prediquen las penas que dicho tipo penal consagra. No existe variación de la hipótesis fáctica, que permanece inalterable, y de la jurídica tampoco en el sentido de que la eventual condena que han postulado las partes habría de producirse por el cohecho, solo que con las penas de otro delito. Entonces, es irrelevante discutir para este preacuerdo si en el decurso la fiscalía atribuyó o no en debida forma la condición de servidor público del encartado.

(...) Así de manera clara y explícita el persecutor como vocero lo hizo saber en su exposición, en cuanto advirtió que el encartado admitía su responsabilidad en el delito de cohecho por dar u ofrecer cuando ofreció una suma dineraria a una funcionaria pública para que hiciera un acto contrario a sus funciones, pero que solamente para obtener beneficios en la sanción contante y sonante se reconocían las penas que prevé el reato de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. Eso mismo fue refrendado por la defensa en su intervención”.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

| | | |
|---------------------------|---|--|
| Magistrado Ponente | : | Franco Solarte Portilla. |
| Asunto | : | Apelación auto aprueba preacuerdo |
| Delito | : | Cohecho por dar u ofrecer |
| Acusados | : | Juan Carlos Enríquez Vallejos |
| Radicación | : | 520016099032201601086-01NI.19595 |
| Aprobación | : | Acta No. 2021-086 (mayo 27 de 2021) |

San Juan de Pasto, primero de junio de dos mil veintiuno

1. Vistos

Resuelve la Sala el recurso de apelación que el señor agente del Ministerio Público interpusiera en contra del auto dictado el 19 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, mediante el cual aprobó el preacuerdo suscrito en el asunto que por un delito de cohecho por dar u ofrecer se sigue en contra del señor JUAN CARLOS ENRÍQUEZ VALLEJOS.

2. Los hechos jurídicamente relevantes

Como quedaron reseñados en la acusación, el persecutor narra que el 2 de febrero de 2016 el señor JUAN CARLOS ENRÍQUEZ VALLEJOS, investigador del CTI, citó a la doctora Ivonne Patricia Montenegro López, quien es asistente de la Fiscalía 4 Especializada de Pasto, a un encuentro que sostuvieron en el vehículo de aquel. Allí el ciudadano en mención le exhibió a la servidora un papel donde estaba consignado el nombre del señor Giovany Rengifo Segura, quien junto con otras personas es investigado por dicho despacho fiscal en el proceso con radicado 520016000496201400065 por unos delitos de concierto para delinquir, homicidio en

persona protegida, secuestro simple y terrorismo. Enseguida, el encausado le manifestó a la funcionaria que por la pérdida del proceso o de la carpeta se estaban ofreciendo \$200.000.000, propuesta que fue rechazada por ella, quien le sugirió al investigador que dicha cantidad debía mejor ser empleada por el señor Rengifo Segura en proveerse una buena defensa técnica, respuesta ante lo cual el encartado le indicó que hicieran como si esa conversación nunca hubiese sucedido.

En parecida medida, la fiscalía recontó que, para épocas cercanas al 12 de enero de 2016, el abogado Jesús Fernando Ortiz ofreció a la titular de la Fiscalía 4 Especializada de Pasto, doctora Mónica Mariana Mora, cederle la mitad de sus honorarios si no imputaba al señor Rengifo Segura los homicidios indagados.

3. Resumen de la actuación surtida

El 19 de diciembre de 2016 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto se celebró la audiencia de formulación de imputación en contra del señor JUAN CARLOS ENRÍQUEZ VALLEJOS, a quien la fiscalía le atribuyó el reato de cohecho por dar u ofrecer, en calidad de autor y a título de dolo, lo cual no fue aceptado por el procesado. Igual conducta punible fue enrostrada en audiencia del 18 de enero de 2017 ante esa misma Judicatura al señor Jesús Fernando Ortiz, quien tampoco admitió los cargos.

Por ello, la fiscalía presentó escrito de acusación. Correspondiéndole al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, el día 4 de marzo de 2019 se celebró la audiencia de formulación respectiva, en la que el acusador replicó en contra de los encartados igual devenir fáctico y atribución jurídica. La preparatoria tuvo lugar el 15 de noviembre de 2019. El juicio oral por su parte fue convocado para el 19 de noviembre de 2020, sin embargo, una vez instalado, el representante del ente instructor y el señor ENRÍQUEZ VALLEJOS presentaron preacuerdo, en virtud del cual, a cambio de la aceptación del punible de cohecho por dar u ofrecer, para fines punitivos y sin base fáctica se acordó la imposición de las penas que tiene previstas el

delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, siendo que para el efecto pactaron como unidad de multa de primer grado dos salarios mínimos legales mensuales para el año 2019 y pérdida del cargo público como investigador del CTI.

Ese acuerdo fue asentido por la Judicatura, que en el acto le impartió su aprobación, pese a la oposición que manifestó el agente del Ministerio Público, a la sazón de los mismos argumentos que a la postre replicó en la apelación.

4. La Decisión apelada

Con suma brevedad el Juez de primer nivel hizo alusión a que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los preacuerdos no consienten control material por parte de la Judicatura, que para esos menesteres es un tercero imparcial que falla de acuerdo con las postulaciones que le son presentadas por las partes. También trajo a colación la filosofía que inspira la justicia premial y en particular a los preacuerdos, en cuanto a través de estos se hacen concesiones de parte y parte y a través de las cuales los procesados participan en la solución del conflicto que les atañe. Esgrimió que, con todo, las formas de terminación adelantada del proceso no pueden comprometer la presunción de inocencia del sujeto activo del delito, cosa que la descartó en el asunto y por ello le dio su venia al pacto, a la par que ordenó la ruptura de la unidad procesal en relación con el señor Jesús Fernando Ortiz.

5. La sustentación del recurso

El señor Procurador recurrió la decisión por dos motivos fundamentales: de un lado, esgrimió que en materia fáctica el proceso no guarda congruencia, amén de que en la imputación y en la acusación la fiscalía no endilgó la condición de servidor público del procesado, que es la que se requiere para la estructuración del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, de ahí que tal pacto no sea procedente, pues sí existe un cambio factual.

De otro, demarcó que los nuevos precedentes de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en los radicados 52227 y SU-479 de 2019 demandan que haya proporcionalidad en la sanción acordada, lo que con el preacuerdo no se cumple, porque se patrocinan allí rebajas punitivas desbordadas que desacreditan la administración de justicia, cuyo fin no es lograr un eficientismo formal, sino materializar la justicia. Sobre esto último, expuso que con el cambio de calificación jurídica devienen consecuencias punitivas supremamente distintas a las que conllevaría el reato realmente cometido, por ejemplo, desaparece la pena privativa de la libertad y la sanción pecuniaria se reduce en un 96%, lo que es superior a la 1/6 parte de la rebaja que se permite en el juicio oral por allanamiento a cargos. Eso lo encontró descomedido en comparación con la conducta punible perpetrada y por ello clamó la revocatoria del auto impugnado.

6. Los no recurrentes

La fiscalía arguyó que: (i) en los hechos jurídicamente relevantes que han sido comunicados en el proceso sí se hizo alusión a la condición de servidor público del inculcado, pero ello no se cristalizó en la adecuación típica por la elemental razón de que el cohecho por dar u ofrecer no exige la condición de sujeto activo calificado; (ii) con el preacuerdo el procesado aceptó la comisión del delito de cohecho no el del abuso, cuya figura se la aplicó para meros fines punitivos; (iii) los límites a la hora de la suscripción de preacuerdos y negociaciones tejidos por las altas Cortes recientemente deben verse en cada caso concreto y no únicamente de manera general; así entonces, en el *sub judice* se justifica el pacto, porque la fiscalía no tiene asegurado que en contra el encartado se pueda lograr una condena, más cuando solamente existe una testigo directa en el caso. En esas condiciones, la admisión de responsabilidad esclarece los hechos y da lugar a una sanción, que es proporcional frente a una eventual absolución. Además, los fines de la justicia no se limitan a la imposición de penas privativas de la libertad, sino a través de otras, como la expulsión de la administración del acusado, con lo que la justicia no resulta cuestionada.

La defensa del imputado amonestó que el aprestigiamiento de la justicia es una especie de desiderata, pero no una regla imperativa. Rezó que la rebaja punitiva no es desproporcionada, por cuanto trae la salida del cargo público de su prohijado. Advirtió que el momento procesal en el que se produce el preacuerdo es indistinto si lo que se logra en cualquier caso es la condena. Luego, reprendió que la Corte Suprema de Justicia desdibujó de manera abrupta la línea que en la materia venía trazando, con lo que afectó el funcionamiento del sistema, frente a lo cual debe prevalecer lo que de forma exegética tiene dispuesto el Código de Procedimiento Penal, que sí permite pactos como el firmado. Por último, reclamó del Tribunal que se deje sentada una posición al respecto de los nuevos pronunciamientos jurisprudenciales.

7. Consideraciones de la Sala

7.1. Competencia

Conforme el numeral 1º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal la Corporación es competente para desatar este recurso de alzada.

7.2. El problema jurídico

Con esa habilitación debe responderse: *¿Fue acertada la decisión de primer nivel de aprobar el preacuerdo presentado entre las partes procesales en tanto satisface los presupuestos y límites que según el tipo de pacto arribado operan en la materia, particularmente respecto de la calificación jurídica y beneficio acogidos?*

Ese cuestionamiento invita a la Sala a hacer una aproximación a algunas formas de preacuerdo y a la categorización del convenio suscrito en el *sub examine* para luego descender al caso concreto.

7.3. Algunos tipos de preacuerdo.

Resulta imperante recordar que a raíz de la emisión de las sentencias que pueden calificarse como hitos, proferidas por la Corte Suprema de Justicia dentro de los radicados 52.227 del 24 de junio de 2020 y 54.039 del 19 de agosto de 2020 y también la SU-479 de 2019, emanada por la Corte Constitucional, el tema de los acuerdos y negociaciones ha adquirido una fisonomía renovada.

De acuerdo con tales precedentes, sobre todo con los dos primeros, entre los distintos grupos de preacuerdos existentes están aquellos que de una u otra forma conllevan el cambio de calificación jurídica. Estos a su turno pueden ramificarse en dos tipos: aquellos que cuentan con base fáctica y los que no. Dicha diferenciación es diametral hacerla, pues de ello dependen las cargas de las partes en la presentación del preacuerdo, particularmente de la fiscalía, los controles o verificaciones que debe hacer el juez de conocimiento y las consecuencias que tales pactos tienen¹.

Los convenios que pertenecen a la primera categoría son los que obedecen al carácter progresivo de la actuación penal. Como es que el grado de conocimiento de los hechos en las distintas etapas del proceso –y conforme avance- es distinto, es normal que suceda que en la fase investigativa al momento de formular la acusación el fiscal cuente con mayores detalles sobre los hechos. Eso puede implicar eventualmente que deban modificarse dentro de determinados parámetros la calificación jurídica de los mismos, que por lo propio antes es provisional, y también en unas hipótesis excepcionales² los presupuestos fácticos.

En virtud del principio de progresividad es dable que la fiscalía haga tales modificaciones, bien porque en el impulso de su investigación ha logrado contar con novedosos elementos

¹ Este tema ya ha sido abordado por la Sala dentro de los radicados 32164 del 29 de septiembre de 2020 y 26912 del 9 de septiembre de 2020. Magistrado ponente Silvio Castrillón Paz.

² CSJ SP, 5 Jun. 2019, rad. 51007.

suasorios o información que no estaban presentes en las fases primigenias del proceso, porque realizó un mejor estudio de los medios de conocimiento que otrora tenía o de hecho por el criterio jurídico razonable del nuevo funcionario que tenga el caso³.

Por supuesto que dichos cambios la Fiscalía puede hacerlos en el marco de los acuerdos y negociaciones. Si los realiza en este escenario el instructor debe ser muy claro a la hora de indicar que eso opera como un ajuste a la legalidad o si es como un mero beneficio a cambio de la aceptación de responsabilidad penal. A más de eso, esas modificaciones o la introducción de figuras penales que estaban ausentes antes deben tener un asiento probatorio mínimo por aquello de que *“la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*⁴. El cumplimiento de tal reglamento tiene la aptitud de dotar de razonabilidad a esa actividad, de modo que pueda resultar vinculante para la Judicatura.

De otro lado, entre los preacuerdos con cambio de calificación jurídica sin ninguna base factual, hay unos que son inaceptables y otros que potencialmente son admisibles. Los que no pueden ser consentidos bajo ningún punto de vista son en los que la fiscalía hace variaciones a los juicios de imputación o acusación otrora hechos en punto a la atribución jurídica, que no corresponden con los hechos enrostrados en dichos juicios, esto es, opta por una calificación jurídica que no es fiel reflejo de los hechos jurídicamente relevantes y eso lo hace con el propósito soterrado de rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido. La nota diferenciadora en estos es que el ente persecutor pretende la condena por la calificación jurídica retocada, aun cuando no tiene respaldo en la realidad. Ejemplos de ello se dan cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien tiene la calidad de autor. Tales postulaciones están

³ CSJ AP, 27 feb. 2019, rad. 53.468.

⁴ Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

prohibidas como lo había decantado la Corte Constitucional en sentencia C-1260 de 2005, cuando elevara a rango constitucional el imperativo de que la fiscalía no puede crear tipos penales y que a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Pero hay otros preacuerdos en los que más bien dichos *cambios* vienen dados como referencia a normas penales no aplicables al caso con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo. En estos se parte por aceptar que no existe base fáctica en el beneficio que se reconoce y que lo querido es exclusivamente y a la larga una aminoración en la cantidad de pena, empero, la pretensión de las partes no es que el juez emita condena por la calificación jurídica que no corresponde a los hechos jurídicamente relevantes. Puede decirse en últimas que al tenor de este tipo de preacuerdos se conviene la aplicación de alguna figura para meros efectos de que se vea expresada en la cantidad de la pena a purgar, pero no para que dicho instituto sea integrado al tipo penal o a la conducta punible, puesto que en el mundo fenomenológico esa figura no tuvo ocurrencia. Siendo eso así, no puede exigirse la presentación de soportes probatorios, ya que la alusión a la norma penal más favorable constituye el beneficio por someterse a la condena anticipada⁵

6

Desde luego que dichos preacuerdos no son omnímodos. Estos encuentran sendos límites tales como: (i) los lenitivos punitivos no pueden ser excesivos, (ii) el acuerdo debe ser suficientemente claro en sus términos, y, (iii) no pueden vulnerar de cualquier forma los derechos de las víctimas y del procesado. Con más especificidad, esos convenios no pueden dar lugar a descuentos punitivos desbordados que lleven a desprestigiar a la administración de justicia y a socavar los derechos de las víctimas a través de penas irrisorias, que, aunque formalmente se ajustan al principio de legalidad de las penas son chocantes con el marco constitucional. Ello puede acontecer porque la cantidad de beneficio conferido, y a la postre

⁵ CSJ SP, 19 ago. 2020, rad. 54.039.

⁶ CSJ SP, 24 jun. 2020, rad. 52227.

de la pena pactada, es desproporcionada de cara a la naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad, el daño causado, los derechos e intereses de las víctimas, la actitud demostrada por el imputado o acusado de asumir responsabilidad por su conducta, el arrepentimiento, el esfuerzo en compensar a la víctima, o cooperar en la investigación o en la persecución de otros delitos⁷, etc. Citemos lo siguiente:

“(…) (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.

(…)

La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizada para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

(…)

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes.

(…)

Cuando se trata de graves atentados contra los derechos humanos, y, con mayor razón, cuando los mismos recaen sobre personas especialmente vulnerables, para la celebración de acuerdos con el procesado los fiscales deben considerar, entre otras cosas: (i) las prohibiciones y límites establecidos por el legislador; (ii) los derechos de las víctimas y las necesidades de protección derivadas de su estado de vulnerabilidad; (iii) el deber de actuar con la diligencia debida durante la investigación y, en general, a lo largo de la actuación penal; (iv) la necesidad acentuada de esclarecer este tipo de hechos; y (v) el imperativo de que la negociación no afecte el prestigio de la administración de justicia, lo

⁷ SU-479 de 2019, citada en CSJ SP, 24 jun 2020, rad. 52.227.

que claramente sucede cuando se otorgan beneficios desproporcionados y/o se pretende que en la sentencia se den por sentadas situaciones contrarias a la verdad.”⁸

7.4. El tipo de preacuerdo suscrito en este caso y sus incidencias

Al abrigo de las anteriores precisiones, no ofrece discusión que el preacuerdo que allegaran la Fiscalía 32 Seccional de Pasto y la defensa es de aquellos sin base fáctica que articulan la aplicación de figuras normativas para la exclusiva reducción punitiva. Así de manera clara y explícita el persecutor como vocero lo hizo saber en su exposición, en cuanto advirtió que el encartado admitía su responsabilidad en el delito de cohecho por dar u ofrecer cuando ofreció una suma dineraria a una funcionaria pública para que hiciera un acto contrario a sus funciones, pero que solamente para obtener beneficios en la sanción contante y sonante se reconocían las penas que prevé el reato de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. Eso mismo fue refrendado por la defensa en su intervención.

Por razón de esa naturaleza se derivan plurales consecuencias. En primer lugar, se descarta el inicial cargo que el recurrente propusiera en su alzada. Es cierto que el punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto es de sujeto activo calificado, pues uno de sus componentes típicos es que sea cometido por un servidor público, además en ejercicio de sus funciones. Empero, ello no tiene ninguna trascendencia para este preacuerdo.

Repítase que la aceptación de responsabilidad penal se ha hecho respecto de la hipótesis fáctica y jurídica del cohecho por dar u ofrecer y no del abuso de autoridad. Para el efecto, este último reato es una mera ficción destinada, no a que se condene por el abuso de autoridad, sino a que se prediquen las penas que dicho tipo penal consagra. No existe variación de la hipótesis fáctica, que permanece inalterable, y de la jurídica tampoco en el sentido de que la eventual condena que han postulado las partes habría de producirse por el cohecho, solo que con las penas de otro delito. Entonces, es irrelevante discutir para este

⁸ Ibid.

preacuerdo si en el decurso la fiscalía atribuyó o no en debida forma la condición de servidor público del encartado.

Ahora que si se fuera más allá, es cierto también que en la imputación el instructor sí hizo mención de la calidad de miembro del CTI del procesado cuando lo identificó e individualizó y en la acusación con mayor precisión describió en el apartado fáctico que el procesado había concertado la cita con la asistente de la Fiscalía 4 Especializada gracias a que obtuviera su abonado celular a través de otra persona, que al igual que él también era miembro del CTI. Claro, como el cohecho por dar u ofrecer no es un delito especial, la condición de servidor público no era necesario que se reflejara en la calificación jurídica tampoco.

Cerrado este punto, el debate se concentra en indagar si las penas de acuerdo con los parámetros arriba destacados se ajustan al marco constitucional y legal, frente a lo cual se anticipa como respuesta que no.

Hay que primeramente comparar entonces que el cohecho por dar u ofrecer comporta unas sanciones de 48 a 108 meses de prisión, 66.66 a 150 salarios mínimos legales mensuales como multa y 80 a 144 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, mientras que el abuso de autoridad se pena con unidad de multa y con la pérdida del empleo o cargo público (que a su vez implica la inhabilidad hasta por 5 años para desempeñar cualquier cargo público u oficial). Puestas así las cosas, resultan notorias las diferencias punitivas que uno y otro punible aparejan: la principal es que un reato es sancionado con pena aflictiva de la libertad y otro no, y otra estriba en el tipo o alcance de la inhabilidad y el monto pasible de ser impuesto. Si bien sobre esas disimilitudes el abuso de autoridad contrae directamente la pérdida del empleo o cargo público, el cohecho por dar u ofrecer a la postre también conlleva esa consecuencia, pues como se sabe la inhabilidad general sobreviniente da lugar al retiro inmediato del servidor⁹.

⁹ Ver artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 1083 de 2015 y 6 de la ley 190 de 1995 y sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996.

Con eso, puede divisarse de entrada que en forma global escoger la punición del abuso de autoridad reporta grandísimos cambios o beneficios merced a que las penas de ese tipo penal son bastante morigeradas en parangón con el cohecho por dar u ofrecer, tanto en su cantidad como por el tipo que están previstas. Eso es porque el delito del artículo 416 del Código Penal es subsidiario, al cual se accede cuando la conducta punible no esté castigada de manera especial en otra norma. Justamente, los tipos penales subsidiarios en sí mismos traducen sanciones de menor severidad, pues de igual modo es la trasgresión del bien jurídico que castigan. En virtud de esa naturaleza, debe reconocerse que la penalidad pactada implica menor dureza, porque esa característica es intrínseca a la figura optada.

Ahora bien, pena por pena, no puede pasar inadvertido que de cara a afrentas mayores a la administración pública el legislador ha establecido sanciones de mayor aflicción, como la privativa de la libertad, se itera, respecto de conductas punibles que entrañan atentados superlativos a los bienes jurídicos protegidos, como lo es sin duda el cohecho. Por eso, se espera que en presencia de esos comportamientos más dañinos el reproche sea mayor y menor para los que no lo son. Si actos de corrupción como el cohecho, que pretenden torcer la moralidad y rectitud públicas, el Código Penal los amonesta con una pena privativa de la libertad, habría de esperarse que en presencia de esas conductas esa penalidad sea la consecuencia. Así que si el comportamiento está ausente de la aplicación de esa consecuencia, no puede obviarse que el beneficio es indiscutiblemente superior.

Pareciera con lo que se acaba de decir que la Corporación exigiera irremediamente que toda conducta punible deba ser sancionada con una pena privativa de la libertad en perjuicio de la condición de *última ratio* de las medidas y decisiones que implican la restricción de la libertad, sin embargo, ello no es así. Como se verá adelante, esta consecuencia del beneficio pactado en el preacuerdo se suma a otras implicaciones que de forma integral reflejan su desborde y desproporción. Eso hace que leídas en conjunto las resultas del preacuerdo, el hecho de que con el consenso se haya suprimido una pena principal, que el cohecho por dar u ofrecer contempla, se encuentra cuestionador para la justicia.

Veamos que sobre la pena de multa las partes la fijaron en la de primer grado, que va de 1 a 10 unidades de multa, y en ese rango la asentaron en 2 unidades que corresponden a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En cambio, el cohecho por dar u ofrecer en su extremo mínimo asciende a 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La simple comparación de esas cantidades le da la razón al apelante, en tanto que la pena pactada apenas corresponde al 3% del cohecho o lo que es lo mismo, que la rebaja asciende a casi un 97%. Así pues, aritméticamente es notorio lo excesivo en la dosificación punitiva. Y procesalmente también lo es, porque como un parámetro debe tenerse en cuenta la aceptación de cargos en el juicio oral da lugar a rebajas de hasta 1/6 parte si no hubo flagrancia, lo que en términos matemáticos implicaría que sobre los 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, aplicada la rebaja máxima la pena, la sanción se menguaría a 55.55 salarios mínimos legales mensuales vigentes. A partir de allí, la aflicción consensuada de 2 unidades de multa en forma alguna se acerca a ese monto de referencia o de guía, entonces esta es también irrisoria.

En tercera medida, los no recurrentes han querido persuadir de que el beneficio convenido es proporcional por lo suficiente que resulta la imposición de la pérdida del empleo o cargo público del encausado. La Sala se aparta de esa argumentación. No es que la mencionada sanción no revista la gravedad que aquellos han indicado, sin embargo, por la forma como tal alegato ha sido postulado, pareciera sugerir que esa pena es un aliciente o es nueva en comparación con la que prevé el cohecho por dar u ofrecer, lo que no es así, porque como se ventiló arriba, el cohecho prevé como pena principal la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que en tratándose de la originada por condenas por delitos dolosos avoca el retiro inmediato del servidor de su cargo, siendo eso lo que corrientemente ocurriría en esos casos.

A lo precedente hay que agregar que el reato por el que se acusa al procesado no es cualquiera; precisamente es uno de aquellos que menoscaban a la administración pública y a

la par al colectivo social. El Estado a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y demás entidades públicas realiza una serie de actividades en orden a alcanzar sus diferentes fines. Eso, que es la función pública, está conformada por un conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen un vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. De ese modo, de quienes integran la institucionalidad se espera que cristalicen los principios de la función pública como la moralidad, imparcialidad, transparencia, el logro de la satisfacción de los intereses generales y la efectiva prestación del servicio. Entonces, *“el funcionario o empleado, al vincularse al servicio, adquiere una investidura que lo coloca en una relación de dependencia con el Estado, la cual determina que pueda exigírsele, en razón de su conducta, un grado específico de responsabilidad”*¹⁰.

Por la importancia y la trascendencia de la labor de quienes ejecutamos la actividad pública, que a la postre estamos vinculados con la realización misma de los fines del Estado, es que las conductas punibles que en contra de ella se perpetran por los mismos servidores a quienes se les ha confiado dicha función tienen un plus intrínseco en su reproche. El Estado considera de superlativa gravedad el comportamiento con el que se entorpece la función pública, más si proviene de a quien se le ha encomiado la guarda de esos valores supremos. Siendo ello así, la respuesta de la institucionalidad a comportamientos punibles que la franquean desde su mismo seno, no puede ser de una entidad que sugiera la condescendencia del Estado y a través de la cual le reste importancia a su gravedad y sus impactos.

Con estas premisas, si se considera que la fiscalía persigue al procesado por unos enrostrados ofrecimientos que aquel en su condición de investigador del CTI hizo a otra funcionaria estatal, para que el expediente contentivo de un proceso penal que se sigue en contra de terceros por unos punibles de homicidio en persona protegida, concierto para delinquir, actos de terrorismo y otros (reatos de gran calado social), no puede pensarse cosa distinta a que la fijación de una pena de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la pérdida del empleo público no es

¹⁰ C-563 de 1998.

proporcional a la magnitud de aquella atribución que ha hecho el persecutor. Aquellas penas y sus cantidades relucen exiguas si lo que se amonesta por dicho ente del accionar del encausado es que birló la moralidad y transparencia públicas y el interés general por parte de quien estaba integrado a la Administración, cuyo celo no es el mismo que pueda exigírsele a un particular.

Hay que aunar, como otro tópico que, respecto de la colaboración para el esclarecimiento de los hechos, particularmente a través del suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, el proceso no delata que más allá de la aceptación de responsabilidad el encartado haya prestado contribución que permita a la fiscalía descartar o confirmar que predecesores al comportamiento delictivo existen más participantes o inclusive otros punibles. De eso las partes procesales nada han dicho y más allá de la rendición de un interrogatorio del indiciado, en el que se deniega la comisión de la conducta punible, no hay nada distinto.

Si se suman esas proposiciones es patente que la represión derivada del preacuerdo no guarda armonía con la naturaleza del comportamiento, la fase procesal en que se allega y la contribución a la administración de justicia.

Debe subrayarse que no es que la Sala prohíje la idea de que siempre las cantidades de pena deban ser altas y el tipo de pena la privativa de la libertad para que se entienda la proporcionalidad del beneficio y el aprestigiamiento de la justicia. De hecho, se acepta como bienvenido que ante terminaciones anticipadas del proceso las partes hagan renunciaciones mutuas que son de su esencia. Lo que se persigue es que se llegue a punto de máximo equilibrio posible entre los intereses encontrados que indiquen que esas concesiones son tolerables según las particularidades del caso concreto. Ese grado de armonía, se reconoce, no siempre puede ser fácil de alcanzar y en principio puede partir de conceptos etéreos o difuminados. Empero, tras sopesar aquellos parámetros que ha hilvanado la jurisprudencia,

esos conceptos pueden aterrizar y permitir un grado de comprensión suficiente a la hora de determinar cuál es ese campo o espectro de movilidad y renuncias que son aceptables.

Lo anterior es suficiente para acoger la apelación planteada y por ende revocar el auto de primera instancia, no sin antes hacer una última mención a los demás argumentos que esbozaron los no recurrentes de la siguiente manera:

El deber de aprestigiamiento a la justicia no es un mero ornamento en la justicia premial y consensuada. Es una verdadera norma que integra la figura de los preacuerdos y las negociaciones, que aparece contemplada en el mismo artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto regenta que están destinados a lograr la pronta y cumplida justicia y que en su celebración se deben observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento. De suerte que *“aprestigiar la justicia` no es apenas un desiderátum del Fiscal en el caso concreto sino una auténtica regla jurídica imperativa aplicable en todos los eventos”*¹¹.

Tampoco puede argüirse que las últimas providencias de la Corte Suprema de Justicia abandonan de manera fragosa una línea que fuera en sentido totalmente opuesto. Parecería sugerir la defensa que otrora la alta Corporación menospreciaba de forma total la existencia de los fines de los preacuerdos. No obstante, eso no es así de llano y liso, puesto que en el camino de la construcción jurisprudencial, en algunas ocasiones no pasó por alto que los límites de los preacuerdos estaban también dados por sus finalidades. Eso además en la época más reciente encontró concreción en la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 de 2019.

¹¹ SU-479 de 2019.

Bien a través de salvamentos o aclaraciones de voto¹² o de providencias¹³ mismas, la Corte Suprema de Justicia venía hablando que la concesión de los beneficios producto del preacuerdo se la debía poner en términos razonados y razonables y de medir el costo-beneficio del preacuerdo por parte del fiscal. En efecto, se decía que el marco de maniobrabilidad del preacuerdo se guiaba por los márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, *“sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad. El parámetro de la negociación de los términos de la imputación no es la impunidad; el referente del fiscal y de la defensa es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.”*¹⁴

Finalmente, no es de recibo que se justifique el decremento punitivo en la posibilidad de que de avanzar en el juicio oral el proceso culmine con una sentencia absolutoria, porque, por ejemplo, la fiscalía solamente cuenta con un testigo directo de cargo. Un instrumento como los preacuerdos no puede emplearse solamente para resolver casos, producir condenas a toda costa, acelerar la justicia o descongestionar los despachos judiciales sin ninguna consideración a lograr una justicia material y efectiva. No puede entonces la fiscalía escudarse en la producción de un resultado que también le es incierto a la defensa para patrocinar reproches punitivos que más que irrisorios no son proporcionales.

8. Decisión

Suficientes razones para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelva:

¹² CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 47.732.

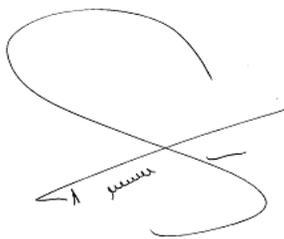
¹³ CSJ SP, 25 nov. 2015, rad. 46688.

¹⁴ CSJ SP, 12 sep. 2007, rad. 22759, citada en CSJ SP, 3 feb 2016, rad. 43356.

Primero. Revocar la providencia impugnada y en su lugar improbar el preacuerdo presentado por las partes.

Segundo. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno. Retorne el asunto al Juzgado de origen para lo de su cargo.

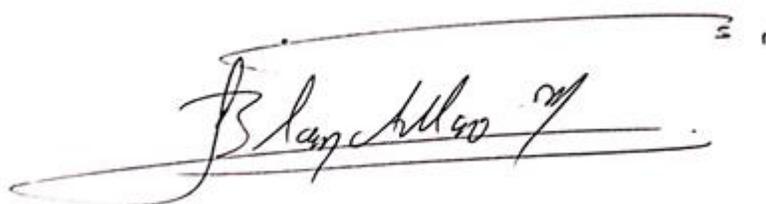
Cópiese y cúmplase.



Franco Solarte Portilla
Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado



Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada

2453



JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 073

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

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21- 0001 del 12 de enero de 2021 del 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 de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 29 de abril de 2021.


JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario