

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

Radicado: 05001 60 00206 2015 10222
Delito: Violencia contra servidor público
Procesados: Oscar Arley Zapata Aguirre y Jorge
Eliecer Zapata Aguirre
Asunto: Aprobación de preacuerdo
Decisión: Confirma
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Aprobado Acta N° 049

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala de Decisión Penal

Medellín, dieciséis de mayo de dos mil dieciséis.

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la Fiscalía 222 Seccional y la representación de la defensa contra la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, el 20 de noviembre de la pasada anualidad, mediante la cual improbo el preacuerdo presentado dentro del proceso que se lleva contra los señores Oscar Arley Zapata Aguirre

y Jorge Eliecer Zapata Aguirre por la conducta punible de Violencia contra servidor público.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

La Fiscalía formuló imputación a los señores Oscar Arley Zapata Aguirre y Jorge Eliecer Zapata Aguirre por el delito de Violencia contra servidor público previsto en el artículo 429 del Código Penal, en calidad de coautores, cargos a los cuales no se allanó ninguno de los imputados. La Fiscalía se abstuvo de solicitar imposición de medida de aseguramiento.

Posteriormente el ente investigador profirió escrito de acusación en contra de los ciudadanos antes señalados, llevándose a cabo el día 18 de agosto de 2015 la audiencia de formulación de acusación.

El 20 de noviembre pasado, fecha prevista para llevar a cabo la audiencia de preparatoria, la representante de la Fiscalía expuso que había llegado a un preacuerdo con los procesados y su defensor. Acto seguido, la Fiscal presentó los términos del preacuerdo que fueron determinados así:

i) Los acusados aceptan su responsabilidad penal por el delito de Violencia contra servidor público, descrito en el Libro Segundo, Título XV, Capítulo X, Delitos contra servidores públicos, artículo 429 del Código Penal, con pena de 4 a 8 años de prisión.

ii) En virtud de esa aceptación de responsabilidad penal efectuada por los acusados, la fiscalía, como contraprestación, les reconoce y les da aplicación a lo establecido

en el artículo 57 del Código Penal, consistente en la circunstancia de ira e intenso dolor.

iii) Se preacuerda que la pena a imponer será de 12 meses para cada uno de los acusados.

iv) Se les concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dado que reúnen los requisitos establecidos en el artículo 63 del Código Penal, y el delito de Violencia contra servidor público no está dentro de los delitos enlistados en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Posteriormente, la Fiscal aclaró que el delito de Violencia contra servidor público si se encontraba contemplado en el artículo 68A del Código Penal, pues si bien no se encontraba señalado expresamente, si se trataba de uno de los delitos contra la administración pública¹.

El defensor por su parte afirmó que estaba de acuerdo con lo esgrimido por la Fiscal, en tanto esos eran los puntos del preacuerdo celebrado entre las partes.

2. AUTO IMPUGNADO:

El Juez de Conocimiento, luego de hacer un recuento de la actuación y enunciar las reglas a las que estaba sujeta la celebración de preacuerdos, adujo que en este caso era evidente que se había cumplido con establecer la plena identidad de los acusados; que se había verificado que el acto de aceptación de

¹ Audio del 20 de noviembre de 2015, minuto 18:06

cargos había sido libre, consciente y voluntario por parte de los mismos, respecto del tipo penal de violencia contra servidor público, establecido en el artículo 429 del Código Penal; que el reconocimiento de la circunstancia de ira e intenso dolor y la fijación de la pena en 12 meses de prisión como producto del preacuerdo, no ofrecía reparo alguno por cuanto no se afectaba el principio de legalidad, toda vez que la pena pactada no estaba por debajo del mínimo establecido para tales efectos; y que existía un mínimo de prueba del que se infería la materialidad de la conducta y la responsabilidad de los acusados. Finalmente concluyó que no se daban los elementos para exigir el pago de indemnización de perjuicios.

Ahora bien, aseveró que sí había objeción en lo que tenía que ver con la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena descrito en el artículo 63 del Código Penal, por cuanto existía una cortapisa expresa, esto es, la prohibición consagrada en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, que prohíbe sustitutos punitivos para esta clase de delitos. Señaló que el mencionado artículo prohibía la concesión de sustitutos punitivos a quienes hayan sido condenados por delitos cometidos, entre otros, contra la administración pública, y precisamente el delito de violencia contra servidor público, consagrado en el artículo 429 del Código Penal, hacía parte del Capítulo X del Título XV “delitos contra la administración pública”. En ese sentido, concluyó que no había duda que efectivamente ese era uno de los delitos que aparecen dentro de esas prohibiciones, y si bien no estaba esa conducta delictiva en particular, si está incluido todo el Título XV denominado “delitos contra la administración pública”, y los delitos que lo integran.

Señaló, igualmente, el Juez de instancia que no podría ser de recibo argumentar que el inciso en comento habla en verbo pasado y que por tal motivo se aplicaría para personas que hayan sido condenadas con antelación por uno de esos delitos, pues asegura que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya ha hecho una interpretación al respecto y ha indicado que el inciso 2º del artículo 68A hace referencia también al presente².

Con base en los anteriores argumentos y por considerar que desde ese punto de vista se estaría vulnerando el principio de legalidad, el *A quo* improbió el preacuerdo al que llegaron las partes procesales.

3. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN:

La Delegada de la Fiscalía solicita al *Ad quem* revocar la decisión a través de la cual se improbió el preacuerdo suscrito entre las partes, y en su lugar se imparta aprobación al mismo.

Sostiene la Fiscal que pese a lo argumentado por el Despacho de primer grado, no se puede sostener que la referida prohibición hable de un pretérito actualizado, en tanto si aún no se ha condenado a las personas y solo se está en proceso de aprobación del preacuerdo, no podría ser posible que a los acusados se les esté determinando como condenados por un delito contra la administración pública, teniendo en cuenta además que es el primer delito en el que incurren contra ese bien jurídico.

² Sala de Casación Penal, sentencia 11.235-2015 de agosto 26 de 2015, radicado 45.927

Asevera que aunque el Alto Tribunal haya querido dar una explicación a ese inciso, la misma no es clara ni específica, y asegura que *“el pasado es el pasado, el presente es el presente y el futuro es el futuro aquí y en cualquier parte”*.

Reitera que los aquí acusados no están condenados y si no pesa una sentencia condenatoria en su contra, no es posible que se les deba aplicar esa prohibición, pues si el legislador hubiese querido que esos delitos se eliminaran de cualquier subrogado o beneficio, no habría consignado esa frase *“tampoco quienes hayan sido condenados”*.

Argumenta que no se puede tomar un artículo y desligarlo de las finalidades de la pena y del preacuerdo, y si bien acepta que el delito es grave, y que dicha descripción normativa tiene como fin salvaguardar la integridad de los servidores públicos, entonces cuando se está en presencia de esa conducta delictiva, también estaría excluida la posibilidad de celebrar preacuerdos.

En su opinión, no tiene sentido para los procesados celebrar un preacuerdo que únicamente les significará la reducción de la pena y siempre deban cumplir la misma de manera intramural.

Considera que se está interpretando de manera errada el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, pues si las personas aquí acusadas no tienen antecedente alguno, afirma, no se les puede considerar como condenados.

Concluye que no se está vulnerando el principio de legalidad con el preacuerdo celebrado, y por tanto reitera su solicitud de que se revoque la decisión proferida en primera instancia, y en su lugar se ordene la aprobación del acuerdo.

El Defensor por su parte, afirmó no estar de acuerdo con la decisión de primer grado, en particular con la razón esgrimida el *A quo*, según la cual en este caso era aplicable la prohibición del inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, por lo cual se adhiere a lo expuesto por la representante del ente acusador.

Señala que hay variada jurisprudencia tendiente a reducir al máximo grado la facultad de intromisión de la judicatura en los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y defensa. Advierte que según esa postura, la única observación que pueden hacer los Jueces al momento de verificar los preacuerdos, es cuando hay una “grosera” vulneración del principio de legalidad. No obstante, en este caso, asegura, la intromisión del Juez tuvo como objeto señalar de una manera subjetiva, que el artículo 68A del Código Penal impedía que se conceda el subrogado, en razón al delito que se está juzgando.

Manifiesta que en este caso la problemática está en la deducción que hace la primera instancia al indicar que cuando el artículo que trae la prohibición, enlista “los delitos contra la administración pública”, se hace referencia a todo el articulado contenido en ese título, entre ellos el delito de violencia contra servidor público, postura frente a la cual no está de acuerdo. A manera de ejemplo trae a colación el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto descrito en el artículo 416 del Código Penal, también al interior del Título XV “delitos contra la administración pública”, y el cual trae una pena de multa y pérdida del empleo, y en relación a éste asevera que si se aplicara la tesis de la primera instancia se tendría que decir entonces el acuerdo no

se podría aprobar porque el artículo 68A prohibiría cualquier tipo de subrogado y por tanto conduciría a penas intramurales.

Insiste que no comparte el argumento del *A quo* según el cual como la norma prohibitiva hace referencia al Título XV del Código Penal, entonces allí se incluyen todos los delitos del mismo, pues ello no solo desconocería la esencia del preacuerdo, el cual está establecido para humanizar las penas, sino que también iría en contravía de la limitada posibilidad que tiene la judicatura de intervenir en el acuerdo, pues en este caso no se estaría ante una “grosera” vulneración del principio de legalidad, como lo ha indicado la jurisprudencia, pues lo que está haciendo el Juez es una interpretación en contra de los acusados.

En suma, concluyó que en ningún momento el preacuerdo celebrado vulneró o desconoció el principio de legalidad u otra garantía fundamental, razón por la cual solicitó su aprobación.

4. CONSIDERACIONES:

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo lo normado en el art. 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra los autos que en primera instancia profieran los Jueces Penales de Circuito.

En el *sub examine*, deberá determinarse, si el preacuerdo en los términos fijados por la Fiscalía, el procesado y su defensor, vulnera garantías fundamentales, en este caso el principio de legalidad, como lo señaló el *A quo* al momento de improbar el mismo, lo cual es discutido por las partes.

En ese sentido, se torna pertinente realizar algunas anotaciones normativas y jurisprudenciales relacionadas con el tema de preacuerdos.

Los incisos 4° y 5° del art. 351 del C.P.P. señalan lo siguiente:

“Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”

“Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente”

Desde los albores del Sistema Penal Acusatorio, se ha indicado que el instituto de los preacuerdos está gobernado por el principio de legalidad, tal y como lo describió la Corte Constitucional en la Sentencia C-1260 de 2005. De manera ilustrativa se puede traer el siguiente aparte:

“...se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar con los hechos del proceso.

En efecto, en relación con la posibilidad de realizar preacuerdo entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que corresponda a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el código penal.

La Corte reafirma que la facultad otorgada al Fiscal al tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por él mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por fiscal. Por ende, se cumple con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el

de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción previamente establecida por el legislador o en relación a una de pena menor.

En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2 del artículo 350 de la Ley 906 de 2004 que dispone “tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en el ejercicio de esta facultad crear tipos penales, y que en todo caso a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar una calificación jurídica distinta a la que corresponda conforme a la ley penal preexistente”. (Subrayas fuera del texto)

En este sentido, cualquier acuerdo o preacuerdo tiene y debe ceñirse a estos parámetros en orden a obtener la validez de la decisión y ser este un verdadero factor de paz y civilidad, de ahí que no pueden ser admisibles perspectivas de laxitud absoluta en la cual se deja en potestad tanto la Fiscalía como a la defensa de los procesados y los imputados el solucionar el problema directamente, como si fuese un negocio jurídico civil, desconociendo de paso los derechos de los otros intervinientes y el principio de legalidad. Toda negociación debe tener como faro orientador dicho principio en orden a que el convenio celebrado no solo sea legal, sino legítimo, a más que sea armónico con los intereses de todos los intervinientes, y este es un aspecto por el que en todo momento debe propender el Juez de Conocimiento.

Como elementos relevantes a observar en los acuerdos, es bueno tener en consideración que el punto de partida fundamental del cual derivan todas las consecuencias favorables para el imputado es la aceptación de responsabilidad, o, en otras palabras, la renuncia al derecho de no autoincriminación, pero se tiene que exigir siempre una estricta correlación de los hechos debidamente establecidos, su correspondiente adecuación jurídica en una conducta punible y las consecuencias que de ésta derivan.

Ingresando en el caso que se examina, para la Sala es claro que debe delimitarse una única circunstancia por la cual el Juez de primera instancia improbo el acuerdo celebrado entre la Fiscal delegada y el procesado, estando éste en todo momento asesorado por su defensor de confianza.

Para improbar el preacuerdo puesto a su consideración, expuso el *A quo* que en el presente caso no era dable otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena pactada, en tanto existía prohibición expresa consagrada en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, que prohíbe la concesión de sustitutos punitivos para delitos dolosos contra la administración pública, entre los cuales se encuentra la Violencia contra servidor público.

Al respecto los impugnantes aseguraron que no podía considerarse vulnerado el principio de legalidad en tanto la prohibición del inciso 2º del artículo 68A del C. Penal no era aplicable al caso que aquí nos concita, de un lado, porque la norma antes citada se refería exclusivamente a conductas sobre las cuales ya existía sentencia condenatoria ejecutoriada y como los aquí acusados no tenían antecedentes, no les sería aplicable tal exclusión; y de otro lado, porque el delito de Violencia contra servidor público no aparecía expresamente en el listado de dicha norma. Desde ya habrá de indicarse que esta Sala de Decisión considera que tales argumentos no están llamados a prosperar.

En primer lugar, tal como lo indicara en su momento el Juez de primera instancia, la Corte Suprema de Justicia ya ha realizado un amplio análisis de la norma objeto de la discrepancia, y ha concluido que indiscutiblemente la prohibición contenida el

inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, se refiere a los delitos objeto de sentencia condenatoria en el trámite que se está llevando a cabo, diferenciándose de aquellos que constituyen antecedentes penales.

En efecto, en providencia del 17 de junio de 2015, el Alto Tribunal en lo ordinario señaló:

“Además, desde el punto de vista estrictamente gramatical es incorrecto afirmar, como lo hace el demandante, que la expresión “hayan sido” contenida en el párrafo 2º del artículo 68A sea una forma verbal en pretérito perfecto simple, es decir, que unívocamente indique un tiempo pasado. Por el contrario, es un pretérito perfecto compuesto de subjuntivo que admite la interpretación retrospectiva pero también la prospectiva³. Obsérvese que en el mismo artículo, cuando se utiliza “hayan sido” en dimensión retrospectiva (inciso 1º), se le ata a la locución preposicional “dentro de” y al adjetivo “anteriores”, que inexorablemente remiten al pasado, lo que no ocurre en el segundo inciso.

3. La prohibición contenida en el inciso normativo analizado se refiere a los delitos objeto de la sentencia condenatoria en el proceso actual y no a los que constituyan antecedentes penales, pues en relación a éstos últimos la exclusión ya se encuentra contemplada en el inciso 1º del artículo 68A sustantivo cuando se refiere a condenas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores. Una interpretación diferente tornaría en repetitivo y, por ende, inútil el segundo párrafo de la norma en cita, por lo que sería el entendimiento menos racional

(...)

Por último, la interpretación sistemática de los artículos 63 y 68A (párrafo 2º) del C.P. permite colegir, sin dificultad alguna, que las hipótesis en que procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena son las siguientes: a) Que la persona sea condenada a pena inferior a 4 años de prisión, por un delito diferente a los excluidos y no tenga antecedentes; y b) Que la persona sea condenada a igual pena, tiene antecedentes dentro de los 5 años anteriores por delitos dolosos diferentes a los excluidos, y no es necesaria la ejecución de la pena según la valoración que realice el juez⁴. (Subraya fuera de texto)

³ Al respecto puede consultarse la “Nueva gramática de la lengua española”, Morfología-Sintaxis I, Real Academia Española, Editorial Espasa, 2009, p. 1802.

⁴ Sala de Casación Penal, auto del 17 de junio de 2015, radicado AP 3358-2015, 45.927. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Conforme con lo anterior, salta a la vista que en ningún error de interpretación incurrió el Juez Segundo Penal del Circuito de Bello al advertir que la prohibición del inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, era aplicable para la conducta que se juzga en el presente trámite, no pudiendo equipararse ese análisis al de la existencia o no de antecedentes penales.

En segundo lugar, en cuanto al disenso planteado por la defensa, en el sentido que era erróneo concluir que el delito de Violencia contra servidor público estaba incluido en el listado del inciso 2º del artículo 68A del Estatuto Punitivo debe decirse que esta Corporación no encuentra fundamento alguno para tal aseveración, pues basta con verificar tal listado para concluir que ese delito si está dentro de los que se han excluido.

En efecto, tal como se ha indicado en varias oportunidades la conducta por la cual fueron acusados Oscar Arley y Jorge Eliecer Zapata Aguirre, fue Violencia contra servidor público, descrito en el Libro Segundo, Título XV “**Delitos contra la administración pública**”, Capítulo X “Delitos contra servidores públicos”, artículo 429 del Código Penal, circunstancia que evidentemente riñe con uno de los requisitos objetivos que establece el ordenamiento jurídico, pues dicha conducta delictiva se encuentran incluida en la lista del inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, tal como se evidencia a continuación:

“Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. *No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública... (Subrayas fuera de texto).

Ahora, si bien es cierto que la norma en cita no contempla expresamente el delito de Violencia contra servidor público, para esta Magistratura es claro que dicho canon normativo, al determinar que todos los delitos dolosos contra la administración pública quedaban excluidos de beneficios y subrogados penales, también incluyó el tipo penal del artículo 429 de la Ley 599 de 2000. Nótese además que en la aclaración que realizó la señora Fiscal⁵, ella misma acepta que el delito de Violencia contra servidor público si está incluido en el citado listado, sólo que pretende darle un sentido distinto a la norma, lo que afianza aún más la posición del *A quo*, y con la que se insiste está de acuerdo esta Magistratura.

No encuentra esta Corporación argumento válido -no siendo tampoco expuesto por las partes impugnantes- para considerar que esa conducta delictiva atribuida a los aquí acusados, o cualquier otra que atente contra ese bien jurídico tutelado "Administración Pública" y se haya cometido en forma dolosa no haga parte del inciso segundo arriba citado, pues lo coherente es concluir que la pretensión del Legislador era incluir dentro de las prohibiciones todo ese Título XV "Delitos contra la administración pública", es decir, todos los tipos penales que componen el mismo exceptuando únicamente el Peculado culposo.

De esta manera, insiste la Sala que el Juez de primera instancia estuvo en lo correcto al desaprobado el preacuerdo presentado, pues los acusados Oscar Arley Zapata Aguirre y Jorge Eliecer Zapata Aguirre no cumplen con los requisitos establecidos

⁵ Audio del 20 de noviembre de 2015, minuto 18:06

en la ley penal para ser favorecidos con la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En consecuencia, se deberá impartir confirmación a la decisión recurrida y se remitirá la carpeta al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite de rigor.

Por las razones expuestas, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de origen, fecha y contenido indicados, atendiendo lo descrito en el parte motiva. Se ordena devolver la actuación al Juzgado de origen, para que continúe con el trámite de rigor.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO.
Magistrada

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado.