



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP3456-2022

Radicación n° 62227

Acta Nro. 213

Bogotá D.C., siete (07) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial 54 Penal II, contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual condenó a JAVIER ALBERTO RODRÍGUEZ ROSALES como coautor del delito de concusión.

HECHOS

JAVIER ALBERTO RODRÍGUEZ ROSALES, en su condición de Fiscal 4º Especializado de Bucaramanga, tenía bajo su cargo la indagación iniciada en julio de 2010 a los entonces esposos José Fernando Malaver Fuentes y Anayenci Celeste Rodríguez Rueda, por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos. A partir del 15 de enero de 2021, el citado funcionario judicial con la colaboración de un miembro de policía judicial y de un abogado, abusando de su función, empezó a ejecutar actos para obligarlos a entregar entre 350 y 400 millones de pesos para archivarles dicha investigación.

Como resultado del seguimiento dispuesto por la fiscalía ante la denuncia de una de las víctimas, el fiscal fue capturado el 9 de abril de 2021, en el bar Provincia después de guardar, en un maletín de su propiedad, 100 millones de pesos que previamente le había entregado Malaver Fuentes.

ANTECEDENTES

El 10 y 11 de abril de 2021, en audiencias preliminares el Juez 13 Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías, legalizó la captura de RODRÍGUEZ ROSALES; la fiscalía le formuló imputación por el delito de concusión, art. 404 del Código Penal, cargo que no aceptó. Así mismo le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 3 de junio de 2021, el Fiscal 80 Delegado ante Tribunal Superior de la Dirección Especializada contra la Corrupción, radicó el escrito de acusación. En audiencia llevada a cabo el 1° de febrero de 2022, la fiscalía ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, verbalizó la acusación.

El 20 de abril de 2022, en audiencia de verificación del preacuerdo, el Tribunal aprobó el celebrado entre la fiscalía y el acusado, en el que se acordó la imposición de la pena prevista para el cómplice en el delito.

El 16 de junio de 2022 el Tribunal Superior condenó a RODRIGUEZ ROSALES a la pena de 50 meses de prisión, le impuso multa de 34.7 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 41.6 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En la misma decisión, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y el sustituto de la prisión domiciliaria.

Contra la anterior sentencia, el Procurador 54 Judicial II interpuso recurso de apelación con el propósito de que se adicione, imponiendo al acusado la pena accesoria de pérdida de empleo o cargo público.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

1. El tribunal luego de referirse a los fines de la terminación anticipada de la actuación previstos en la Ley 906 de 2004 y a las consecuencias procesales y punitivas para el

acusado derivadas de los preacuerdos, señaló que la evidencia física e información legalmente obtenida allegadas por la fiscalía, satisface el estándar de conocimiento para declarar al acusado responsable penalmente.

2. Citó el informe ejecutivo FPJ-3 del 25 de febrero de 2021, en el que se consigna los hechos que originaron la investigación, los informes de las diligencias de vigilancia y de seguimiento al procesado, las interceptaciones a los abonados celulares de las personas relacionadas con la ejecución de la conducta, la existencia de la indagación adelantada a José Fernando Malaver Fuentes y Anayenci Celeste Rodríguez Rueda por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, y los oficios dirigidos a las víctimas suscritos por el acusado, para que comparecieran a la oficina a su cargo.

3. Advirtió que la fiscalía y el procesado acordaron como beneficio por la aceptación de la responsabilidad en el delito, degradar la forma de participación, coautor a cómplice, para efectos punitivos, fijándose la pena privativa de la libertad en cincuenta (50) meses de prisión.

Además, aquel en cumplimiento de lo convenido presentó excusas públicas y manifestó su arrepentimiento en la audiencia de verificación y control del preacuerdo, se comprometió a declarar como testigo en las investigaciones relacionadas con este hecho y a comparecer las veces que sea citado.

4. Concluyó que la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado se encuentran acreditadas con los elementos materiales de prueba allegados por la fiscalía, como también la manifestación libre, consciente y voluntaria de RODRÍGUEZ ROSALES de aceptar el acuerdo.

5. Bajo tales premisas, el tribunal lo condenó a prisión de cincuenta (50) meses y en el numeral 5 de las penas privativas de otros derechos, se refirió expresamente a la prevista en el artículo 43 del Código Penal, toda vez que en la audiencia de individualización de la pena y sentencia la fiscalía, el Ministerio Público y el vocero de los apoderados de las víctimas, solicitaron su imposición.

5.1 El ad quem respondió que dicha pena no opera en este asunto, debido a que al momento de dictar la sentencia, la fiscalía había aceptado la renuncia al cargo presentada por RODRÍGUEZ ROSALES.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. Recurrente

1.1 El Procurador 54 Judicial II disiente del tribunal, por considerar que el artículo 52 del Código Penal dispone que las penas accesorias proceden *“cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, o por haber abusado de ellos, o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”*, sin ninguna otra condición.

1.2 Después de señalar que en el preacuerdo y en la sentencia se reconocen la relación directa entre la conducta punible del acusado y el ejercicio del cargo, expresa que la disposición legal citada ni los artículos 43.2 y 45 de la misma codificación sustancial, reclaman la permanencia en el cargo para el momento de la emisión del fallo como lo demanda el tribunal.

1.3 Expresa que la decisión del ad quem se aparta de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 7 de marzo de 2018, rad. 51482, la cual se encuentra vigente.

1.4 Adicionalmente advierte que la imposición de la pena accesoria mencionada no se opone a la de inhabilitación para el ejercicio de derechos funciones públicas, dado *“que tienen fundamentos disímiles y abarcan ámbitos de aplicación diferenciados”*.

1.5 Para el recurrente, no puede soslayarse la gravedad de la conducta y las particularidades especiales del caso, dado que la corrupción está asociada al ejercicio del cargo, lo cual amerita la imposición de esta clase de sanciones para hacer efectivas las funciones de prevención especial y general de la pena previstas en el artículo 4° del Código Penal, las que el juez debe ponderar al momento de su imposición conforme lo contempla el artículo 52 del mismo estatuto punitivo.

1.6 El Procurador pide adicionar el fallo para imponer al acusado la pena accesoria de pérdida del cargo o empleo público.

2. No recurrentes

Guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual condenó a JAVIER ALBERTO RODRÍGUEZ ROSALES por el delito de concusión, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el numeral 2° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 1 de 2018.

Así mismo, con observancia del principio de limitación que rige la impugnación, artículo 320 del Código General del Proceso aplicable al procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004 por integración, se examinará y decidirá la pertinencia

de la inconformidad formulada por el recurrente y la legalidad de la determinación cuestionada.

2. Problemas jurídicos. I. ¿Procede la imposición de la pena de pérdida del empleo o cargo público, a pesar de que el acusado haya hecho dejación del cargo antes de proferirse la sentencia que declara su responsabilidad penal en el delito atribuido? II. ¿Tal pena accesoria es disímil a la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y por consiguiente pueden ser coexistentes?

2.1 En relación con el primer problema jurídico planteado, la respuesta es positiva.

2.1.1 El artículo 34 de la ley 599 de 2000, señala que las penas que pueden imponerse con arreglo al Código Penal, son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no se impongan como principales.

En este sentido, la pena accesoria supone la existencia de una principal. Puede ser principal, cuando como tal se consagre en la parte especial del estatuto punitivo.

2.1.2 El artículo 43 de la Ley 599 de 2000, relaciona las penas privativas de otros derechos, citando en su numeral 2, como una de ellas *“la pérdida del empleo o cargo público”*.

2.1.3 Tal pena conlleva una inhabilitación temporal. Su imposición, inhabilita al mismo tiempo al condenado hasta

por cinco (5) años *“para desempeñar cualquier cargo público u oficial”*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Código Penal.

2.1.4 Con excepción de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, correlativa a la pena de prisión, las demás accesorias *“las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible”*, por i) abuso del derecho que conlleva a su imposición, ii), facilitar su comisión y iii) contribuir a la prevención de conductas similares, según lo contempla el artículo 52 de la misma codificación sustantiva.

2.2 Bajo tales premisas legales, a la pérdida del empleo o cargo público, sea pena principal en los casos previstos en la parte especial del Código Penal o accesoria por acceder a una de esa naturaleza, es consustancial el impedimento de ejercer otro por el lapso señalado.

2.3 Siendo inherente a dicha pena la inhabilidad que hace parte de ella, la renuncia voluntaria del acusado al cargo o su destitución antes de la culminación del proceso penal, no impide legalmente su imposición en la sentencia, toda vez que no es presupuesto de su aplicación la permanencia en el empleo o cargo público que se pierde por virtud de la condena.

En este sentido, aunque no esté en el cargo público, la sanción sigue siendo eficaz al impedir al acusado hasta por el término de cinco (5) años ocupar uno de esa naturaleza.

2.3.1 Por el contrario, la inaplicación por la dejación del cargo propiciaría que la inhabilidad no dependa del mandato legal sino de otros factores no previstos en él, entre ellos, la decisión personal del acusado que la haría nugatoria.

“Es necesario señalar que contrario a lo dispuesto por esta Sala en otra oportunidad, para la imposición de esta pena no interesa si el sentenciado ocupa o no el cargo público con ocasión del cual cometió el delito sancionado, o si se encuentra en otra actividad oficial, pues debe resaltarse que de acuerdo con el artículo 45 del Código Penal, “La pérdida del empleo o cargo público, además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial”, inhabilitación que no opera si la sanción no es impuesta”¹

2.3.2 Además los delitos en los que está contemplada como pena principal acompañante² quedarían sin pena, sin motivo legal alguno; y, las funciones de la sanción penal, entre ellas, la de prevención general y retribución justa, las cuales rigen la aplicación tanto de las privativas de la libertad y de las que no lo son, serían desconocidas como fundamento de su existencia.

¹ CSJ SP, 7 mar. 2018, rad. 51482.

² Entre otros, los relacionados con la detención arbitraria, artículos 175, 176, 177, los abusos de autoridad y otras infracciones, artículos 416, 417, 418, 419, 420, 421 y 422.

2.4 Su imposición como pena accesoria es obligatoria, estando el juez compelido a fijarla, cuando determine que la realización del punible fue posible porque el condenado en su ejecución abusó del cargo o empleo que desempeñaba, su ejercicio facilitó la comisión del delito o la restricción para ocuparlo sirve para prevenir conductas similares a las que originaron la condena.

3. Frente al segundo problema jurídico, la pérdida del empleo o cargo público y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, no son penas excluyentes.

3.1 La disimilitud entre ambas es evidente. Aunque pueden ser penas principales si así son contempladas en la parte especial del Código Penal, en su calidad de privativas de otros derechos son imponibles por motivos legales distintos.

La pérdida del empleo o cargo público, como accesoria aplica cuando tiene relación directa con la realización de la conducta punible, mientras la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por mandato legal accede a la de prisión.

3.2 Aun cuando las dos son consecuencia del delito, la pérdida del empleo o cargo público implica la dejación del que actualmente el acusado desempeña o ha ocupado, lo que implica una sanción por el abuso que ha hecho del mismo, que conlleva además el impedimento para trabajar con la

administración pública por un periodo determinado; la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impide a aquel hacia el futuro el desempeño de las que puede ser sujeto, es privarlo de la facultad para ejercer funciones que aún no tiene o a las cuales no se encuentra dedicado.

3.3 Para efectos penales, la pérdida del empleo o cargo público, aunque el ejercicio de este comprenda una función pública, no hace parte de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la que según el artículo 44 del Código Penal *“priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”*.

“La inhabilitación hasta por 5 años que conlleva la sanción de pérdida del empleo o cargo público para ejercer otro de igual naturaleza (art. 45 C.P.), no es equiparable a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas porque, a más de que esta constituye pena principal del prevaricato por acción, no accesoria como aquélla, implica una mayor limitación de derechos pues «priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales»³”.

3.4 La consagración en numerales distintos del artículo 43 del Código Penal, permite su coexistencia siempre que existan o cumplan los presupuestos legales que permitan su aplicación, bien como penas principales o accesorias, aun

³ CSJ SP, 5 may. 2021, rad. 59232.

cuando tal distinción coincida o no con las de otras ramas del derecho.

4. El caso concreto

4.1 El tribunal aunque reconoce que el delito por el cual se condena tiene relación directa con el cargo que el acusado ejercía como Fiscal Cuarto Especializado de Bucaramanga, considera que la accesoria contemplada en el numeral 2 del artículo 43 del Código Penal “*no opera en este caso*”, debido a que al momento de proferir sentencia aquel no ocupaba el cargo.

4.2 Al fundar su decisión en la Resolución 2177 del 6 de mayo de 2022, mediante la cual el Director de Asuntos Jurídicos con Asignación de Funciones del Despacho de la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, aceptó a partir del día 10 de ese mes y año la renuncia presentada por RODRÍGUEZ ROSALES al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Dirección Seccional Santander, el ad quem establece un requisito no previsto en la ley para imponer la accesoria de pérdida del empleo o cargo público.

4.3 Al atender a la literalidad del numeral 2 del citado artículo 43, el tribunal pasa desapercibido que la pérdida del empleo o cargo público implica la inhabilidad temporal para desempeñar cualquier otro de la misma naturaleza, tal como está previsto en el artículo 45 del estatuto punitivo, siendo

indiferente para su imposición como accesoria por no haber sido prevista como principal para el delito y tener relación directa con la realización de la conducta punible, que el acusado no se encuentre desempeñando el cargo por renuncia al mismo.

4.4 En este caso, la pena opera por ministerio de la ley y no por decisión del inculpado. El legislador quiere mayor drasticidad cuando el hecho punible es cometido mediante el aprovechamiento del cargo y prevenir a los asociados que conductas similares a las que originan la condena, conlleva como pena adicional a la principal su pérdida y consiguiente inhabilidad.

4.5 Ahora, como el preacuerdo no comprendió la pena accesoria, ello no impide que el juzgador pueda imponerla. Primero, la ley en ningún caso despoja al juez de la facultad de fijar e imponer las penas previstas para los delitos, pues lo autorizado en virtud de la declaración de culpabilidad del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, es la eliminación de alguna causal de agravación punitiva o cargo específico, o la tipificación de la conducta en el alegato conclusivo de una forma específica con miras a disminuir la pena; y segundo, no queda eliminado lo que no ha sido objeto del convenio ni tal omisión lo frustra, como equivocadamente el defensor lo adujo ante el Tribunal.

“Respecto de la ilegalidad del preacuerdo, la Sala evidencia un argumento ilógico puesto que, los aspectos no consensuados expresamente entre el Fiscal y el inculpado, no se entienden

tácitamente eliminados como consecuencia de la aceptación de la responsabilidad penal, ni su omisión lleva al fracaso del preacuerdo. Tampoco es como se pretende dar a entender que en toda negociación al juez le está prohibido imponer las penas cuando estas no han sido negociadas o incluidas en el preacuerdo⁴.

4.6 La Sala procederá, bajo las premisas anteriores, a adicionar la sentencia del Tribunal en el sentido reclamado por el Ministerio Público, esto es, para imponer a RODRÍGUEZ ROSALES la pena accesoria de pérdida del cargo, la cual coexiste con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, con mayor razón cuando el delito de concusión por el que se le condena, contempla esta como pena principal acompañante.

4.7 La Sala en su determinación al considerar el tribunal ajustada al principio de legalidad la pena, la fija teniendo en cuenta que la pena mínima privativa de la libertad prevista para el cómplice, cuarenta y ocho (48) meses, fue incrementada en dos (2) meses al acordarse una sanción final de cincuenta (50) meses de prisión, proporción que servirá igualmente para determinar la accesoria, sin acudir al sistema de cuartos tal como lo previene el artículo 3° de la Ley 890 de 2004.

4.8 El artículo 45 del Código Penal señala que la inhabilidad es “*hasta por cinco (5) años*”; luego el mínimo de la

⁴ CSJ AP, 30 sep. 2020, rad. 51471.

sanción es un (1) día y el máximo mil ochocientos (1.800) días, hecha la conversión correspondiente a días.

Para el cómplice, la pena prevista para la infracción se disminuye de una sexta parte a la mitad, de modo que el mínimo se establece en 0.5 días y el máximo en 1.500 días, por lo que al realizar un incremento de sesenta (60) días (esto es, el mismo aumento de dos meses efectuado respecto de la pena mínima de prisión prevista para el cómplice frente al delito materia de juzgamiento), la sanción accesoria de pérdida del cargo se establece en sesenta días.

4.9 En consecuencia, la Sala impone a RODRÍGUEZ ROSALES la pena accesoria de pérdida del cargo de Fiscal 4º Especializado de Bucaramanga y la inhabilitación por el término de sesenta (60) días para desempeñar cualquier cargo público u oficial, comunicando tal decisión a la Fiscalía General de la Nación.

4.10 Como quiera que ninguno de los intervinientes mostró inconformidad con la legalidad de la sentencia y de la pena privativa de la libertad impuesta al acusado, la Sala la confirma en los aspectos no discutidos en sede de apelación.

En mérito de lo expuesto la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,**

RESUELVE

Primero. ADICIONAR la sentencia proferida el 16 de junio de 2002 por el Tribunal Superior de Bucaramanga, de

acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por el Procurador 54 Judicial II.

Segundo. IMPONER a JAVIER ALBERTO RODRÍGUEZ ROSALES la pena accesoria de pérdida del cargo de Fiscal 4º Especializado de Bucaramanga y la inhabilitación para desempeñar cualquier cargo público u oficial por el término de 60 días.

Tercero. CONFIRMAR en lo demás la condena impuesta a RODRÍGUEZ ROSALES.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase la actuación a la Sala de origen.



FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



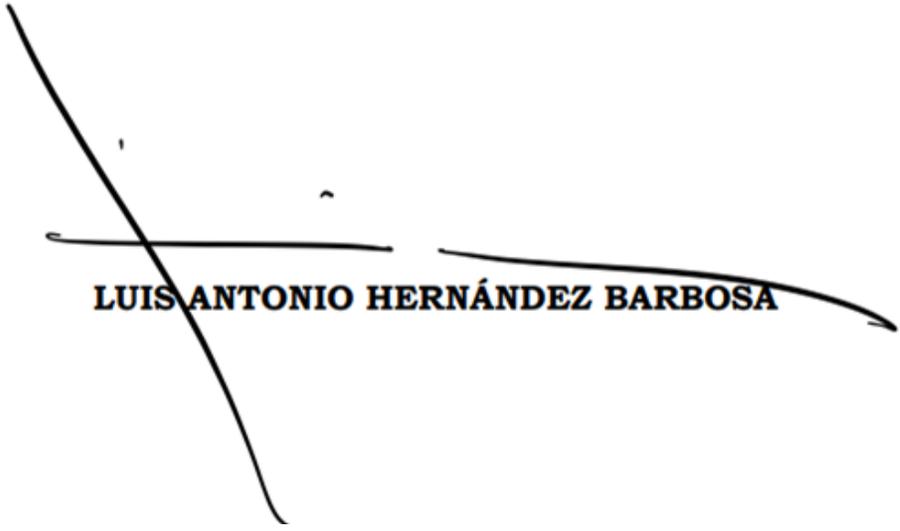
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria