**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**Magistrada ponente**

**AP1602-2021**

**Radicado 54331**

Acta 98

Bogotá D. C, veintiocho (28) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Sala Casación Penal 2021

**ASUNTO**

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el apoderado de ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, en contra del fallo de segunda instancia proferido el 10 de septiembre de 2018[1] por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, que **modificó** la condena de pena de prisión y la multa impuesta en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito

[1] Carpeta 2ª instancia, folio 13. Aprobada en acta # 607

Especializado de la misma ciudad el 6 de marzo de 2016[2], por los delitos de peculado por apropiación agravado, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, interés indebido en la celebración de contratos, contratos sin cumplimiento de los requisitos legales y concusión.

## HECHOS

En los años 2013 y 2014 ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, obrando como representante legal de la Empresa asesorías y cobranzas integrales de Colombia 'ACIS, SAS', celebró dos contratos con la Secretaría de Hacienda Municipal de la ciudad de Ibagué, con el objeto de asesorar a la misma en la ejecución de funciones administrativas de las diferentes áreas de su gestión, entre ellas, la estructuración jurídica de los procesos contractuales que adelante la administración para la realización de las obras públicas que se requieran para la construcción de los escenarios deportivos de los XX Juegos Nacionales y los IV Juegos deportivos paranacionales, que debían llevarse a cabo para el año 2015. Según designación efectuada por el alcalde de la época, acompañó el proceso de contratación.

Sala Casación Penal 2021

De este modo, ARCINIEGAS LAGOS se encargó de iniciar la estructuración de los prepliegos, para adelantar el

[2] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 3.

proceso de selección del contratista consultor que debía realizar los diseños de los escenarios deportivos.

Entre los meses de agosto y octubre del año 2013, ARCINIEGAS LAGOS se reunió constantemente con WILMER MANCHOLA CANO, particular, LUIS RODRIGO URIBE ARBELÁEZ, representante legal de la empresa española Sociedad Técnica y Proyectos S. A. 'TYPSA S. A.', y JORGE ORLANDO NAVARRETE LAVERDE, jefe de licitaciones de la misma empresa, con el fin de concretar la ejecución de todo lo necesario ante el Instituto Municipal de Deporte y Recreación de Ibagué (IMDRI), para favorecer a TYPSA con la adjudicación del contrato del concurso de méritos 012 de 2013.

Sala Casación Penal 2021

Acorde con ese propósito, en dichas reuniones se concretó el valor total del proyecto; la defensa de la propuesta de TYPSA ante otras presentadas por menor precio; amañar los prepliegos y pliegos de condiciones. También, acordaron la cantidad de dinero que TYPSA debía pagar por concepto de coimas, suma que en principio establecieron en un valor de mil setecientos setenta y seis millones de pesos ($1.776.000.000), que equivalían al 15% del contrato de consultoría, el cual ascendió a la suma de once mil cuatrocientos noventa y nueve millones quinientos veinte mil ochocientos pesos ($11.499.520.800).

El 15 de octubre de 2013, el IMDRI publicó en la página web Colombia compra eficiente, SECOP, los estudios previos del concurso de méritos 012 de 2013, que ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, WILMER MANCHOLA CANO, y JORGE ORLANDO NAVARRETE LAVERDE habían elaborado con el propósito de favorecer a TYPSA.

El 8 de noviembre de 2013, fue presentada como única la propuesta técnica y financiera de la empresa TYPSA, lo cual realizó personalmente WILMER MANCHOLA CANO, autorizado por el representante legal de dicha empresa.

El 21 de noviembre de 2013, ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS suscribió, con otros servidores públicos, el acta de audiencia de evaluación de propuesta económica del concurso de méritos número 012 de 2013, en la que dejan sentado que, de conformidad con la igualación jurídica, financiera, técnica y económica, TYPSA es la empresa que cumple con los requisitos del pliego de condiciones y, por tanto, recomendaban a CARLOS HEBERTO ÁNGEL TORRES, representante legal del IMDRI, la adjudicación del contrato de consultoría a la señalada organización española.

Sala Casación Penal 2021

El 25 de noviembre de 2013, el contrato de consultoría número 0237 por valor de once mil cuatrocientos noventa y nueve millones quinientos veinte mil ochocientos pesos

($11.499.520.800) fue suscrito por CARLOS HEBERTO ÁNGEL TORRES, como ordenador del gasto del IMDRI y LUIS RODRIGO URIBE ARBELÁEZ, como representante legal de TYPSA, entre otros, y aparecen las iniciales O.A.L., que corresponden al nombre ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS.

El 27 de noviembre de 2013, la empresa TYPSA abrió la cuenta corriente número 582-704168-84, del Banco de Colombia, para el manejo del anticipo. En tal cuenta, el 9 de diciembre de 2013, el IMDRI consignó la suma de tres mil cuatrocientos noventa y nueva millones ochocientos cincuenta y seis mil doscientos cuarenta pesos ($3.499.856.240), equivalente al 30% del valor del contrato de consultoría, por concepto de anticipo.

Sala Casación Penal 2021

Ejecutado el pago del valor del anticipo y como ya lo habían pactado, TYPSA desembolsó a ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS mil cuatrocientos cuarenta millones noventa y seis mil novecientos de pesos ($1.440.096.000.00) como recompensa ilegal por su gestión previa a favor de la empresa española, lo cual fue un incremento injustificado del patrimonio de ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS.

La entrega de los dineros ilícitos se hizo a través de terceros por las siguientes sumas, fechas y formas: $325.728.000, mediante cheque de gerencia número 177829

del 12 de diciembre de 2013; $36.000.000, entregados a ADMIAUTOS EU, según pago mediante cheque de Bancolombia, número KA 004316 del 12 de diciembre de 2013; $297.000.000, a favor de la empresa ADMIAUTOS EU, pagados mediante cheque KA 004343 del 17 de enero de 2014; $32.217.433 a favor de ADMIAUTOS CU, pagados mediante cheque KA004350 del 31 de enero de 2014; $621.132.010 a favor de la empresa Asesores SPD, SAS, pagados mediante cheque KA 004251 [KA 004351] del 31 de enero de 2014; $128.018.058 a favor de la empresa DAN, SAS, pagados mediante cheque KA 004318 del 12 de diciembre de 2013.

## ACTUACIÓN PROCESAL

Sala Casación Penal 2021

1. El 12 de junio de 2012, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Pupiales, Nariño, con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación[3] a ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, en calidad de servidor público[4] y como posible coautor de los delitos de concusión[5], interés indebido en la celebración de contratos[6], contrato sin cumplimiento de requisitos legales[7], peculado por apropiación[8], lavado de

[3] Cuaderno y audio audiencia preliminar del 12 de junio de 2016 (folio 16), audio 1 -imputación fáctica- y audio 2, minuto 00:05.00 a 00:22:58 -imputación jurídica-, folio 18
[4] Ibid., audio 2, minuto 00:05:13
[5] Ibid., audio 2, minuto 00:06:22
[6] Ibid., audio 2, minuto 00:07:28
[7] Ibid., audio 2, minuto 00:09:00
[8] Ibid., audio 2, minuto 00:13:35

activos[9], y autor del delito de enriquecimiento ilícito de particulares[10]. Asimismo, la Fiscalía reconoce la circunstancia de menor punibilidad establecida en el numeral 1º del artículo 55 del CP y se endilga la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 10 del artículo 58 Ibid.

2. El 30 de junio de 2016, la Fiscalía 22 Seccional de Ibagué radicó un escrito de preacuerdo[11] celebrado con el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, el cual por reparto correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué; sin embargo, el 1º de agosto de 2016 la Fiscalía retira el mencionado preacuerdo, en consideración a que así lo había solicitado el imputado y su abogado defensor[12].

Sala Casación Penal 2021

3. Previa la radicación del escrito respectivo, el 11 de octubre de 2016, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué realizó la audiencia de formulación de acusación en contra de ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS[13], por el delito de lavado de activos, y en calidad de coautor como servidor público con funciones transitorias de conformidad a lo establecido en los artículos 20 del CP y 56

[9] Ibid., audio 2, minuto 00:16:20
[10] Ibid., audio 2, minuto 00:19:10
[11] Cuaderno 1 del Juzgado, folios 178 a 163.
[12] Cuaderno 1 del Juzgado, folios 198 y 199.
[13] Cuaderno 1 del Juzgado, folios 292 a 291. Audio audiencia formulación de acusación: minuto 00:25:52.

de la ley 80 de 1993[14], por los delitos de peculado por apropiación, concusión, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y enriquecimiento ilícito de servidor público.

En la acusación se reiteró la presencia de la circunstancia de menor punibilidad contenida en el numeral 1º del artículo 55 del CP, como también la de mayor punibilidad prevista en el numeral 10º del artículo 58 ídem[15].

4. El 21 de diciembre de 2016 se inicia la audiencia preparatoria[16], en cuyo desarrollo el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS manifestó que era su propósito allanarse a los cargos que le fueron formulados en la audiencia de acusación, razón por la cual el *ad quo,* luego de constatar que dicha aceptación era consciente, voluntaria y debidamente informada por el abogado defensor, impartió su legalidad y anunció que la sentencia a proferir sería de carácter condenatorio.

Sala Casación Penal 2021

En este sentido la defensa técnica indica que de manera oportuna se le dio traslado de los elementos de prueba y

[14] Cuaderno 1 del Juzgado, folio 245.
[15] Cuaderno 1 del Juzgado, folios 250 a 219. Radicación y traslado del escrito de acusación, 1 y 2 de septiembre de 2016; y audio audiencia formulación de acusación: minuto 00:00:01 a 01:08.46.
[16] Cuaderno 1 del Juzgado, folios 336, y audio audiencia preparatoria: 00:12:45

conoce su contenido, las evidencias y los delitos por el que se está acusando al señor ARCINIEGAS LAGOS.

5. El 6 de marzo de 2017, el Juez 1º Penal del Circuito Especializado de Ibagué profirió sentencia en la que condenó al acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS[17] a la pena de 473 meses de prisión, multa de 30.114,954 salarios mínimos legales mensuales vigentes, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años e inhabilidad de por vida para ser inscrito como candidato de elección popular, ser elegido o designado como servidor público o celebrar contratos con el Estado, al haber sido hallado coautor penalmente responsable de los delitos de peculado por apropiación agravado, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y concusión. Así mismo, le negó al sentenciado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el beneficio de prisión domiciliaria.

Sala Casación Penal 2021

6. El mismo día, 6 de marzo de 2017, a las 8:42 de la mañana, según recibido del Centro de servicios judiciales, se radica un memorial suscrito por el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, el cual es recibido a las 5:30 de la tarde por un funcionario del Juzgado. En el memorial, el acusado proponía una nulidad y sustentó la presencia de

[17] Cuaderno 2 del Juzgado, folios 29 a 3, y audio audiencia de lectura de fallo: Audios 1 y 2.

irregularidades por violación a garantías fundamentales por *"endilgar conductas punibles de sujeto activo calificado"; "por inadecuada tipificación de los hechos"*; "*por vicios del consentimiento"* al momento del allanamiento a cargos; *"por cuanto el juez de conocimiento omitió determinar e informar las consecuencias punitivas al escrito al allanarse a cargos"* y por la *"obligación del juez constitucional a aplicar el precedente jurisprudencial"*.

7. El 13 de marzo de 2017, el abogado defensor del acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS radicó escrito de sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia[18]. En esta misma fecha un nuevo defensor técnico presentó poder otorgado por el acusado[19], al tiempo que radicó un segundo escrito de sustentación[20].

Sala Casación Penal 2021

8. El Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia del 10 de septiembre de 2018, tomó la decisión de confirmar la condena, pero modificó el monto de la pena de prisión rebajándola a 327 meses y la multa a 21.875,41 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La sentencia en mención fue objeto del recurso extraordinario de casación por parte del defensor del condenado.

[18] Cuaderno 2 del Juzgado, folios 86 a 55.
[19] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 87.
[20] Cuaderno 2 del Juzgado, folios 99 a 88.

## SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El apoderado del acusado postula un cargo principal y tres subsidiarios de la siguiente manera:

### 1. Primer cargo (principal) – Nulidad

Afirma que la sentencia proferida el 6 de marzo 2017 por el Juez 1° Penal del Circuito Especializado de Ibagué fue dictada en juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso, al derecho de defensa y al principio de lealtad procesal, por las siguientes razones:

@Sala Casación Penal 2021

*1.1 Violación del debido proceso por inadecuada tipificación de los hechos, por tratarse de conductas punibles de sujeto activo calificado:* considera que el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS no tenía la calidad de servidor público, lo que conlleva la violación del principio de legalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º del CPP.

Bajo el mismo argumento, plantea la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, según las razones que se sintetizarán al asumir el análisis de las temáticas relacionadas con la nulidad.

*1.2 Violación del debido proceso y el derecho de defensa por vicios del consentimiento:* afirma que se desconoció el contenido del artículo 293 del CPP, referido a la aceptación de cargos por iniciativa propia y los presupuestos de validez de la retractación.

De igual forma, sostiene que se vulneró el derecho de controvertir las pruebas según el literal J del artículo 8º del CPP, así como el derecho al debido proceso porque el juez de primera instancia no se pronunció sobre el memorial que el acusado radicó el 6 de marzo de 2017, antes de que se profiriera la sentencia, en el cual sustentó inconformidades de carácter procedimental y sustancial, solicitando una nulidad.

Sala Casación Penal 2021

*1.3 Violación del principio de lealtad procesal:* sostiene que la Fiscalía violó el principio de lealtad procesal y buena fe, cuando decidió retirar el preacuerdo celebrado con el acusado, afirmando que lo había hecho por solicitud de la defensa, situación que el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS niega, pues jamás elevó esa solicitud a la Fiscalía.

Agrega que la Fiscalía también vulneró este principio porque incumplió el compromiso de aplicar el principio de oportunidad que se le ofreció al imputado ORLANDO

ARCINIEGAS LAGOS a cambió del cual éste colaboró para que se lograra el éxito de la investigación, permitiendo el esclarecimiento de los hechos, la vinculación de otras personas, la imputación y posterior condena de servidores públicos por conductas punibles relacionadas con el proceso que se adelantó en su contra.

*1.4 Violación del derecho a la defensa:* Sostiene que su antecesor mantuvo una pasividad absoluta de la defensa técnica durante la audiencia de formulación de acusación, pues al no contar con la presencia del acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, debió pronunciarse sobre las circunstancias previstas en el artículo 339 del CPP, en particular sobre la incompetencia del juez, puesto que el proceso ha debido adelantarse ante un Juez Penal del Circuito Especializado de Bogotá, como sucedió con otra de las procesadas por los mismos hechos.

Sala Casación Penal 2021

Igualmente, se queja de que el defensor técnico haya guardado silencio sobre el retiro por parte de la Fiscalía del preacuerdo celebrado con el acusado previamente a la formulación de la acusación, lo cual no puede tenerse como una estrategia de la defensa.

Finalmente, el impugnante considera que la defensa técnica, además, guardó absoluto silencio en el curso de la

audiencia de aceptación de cargos y no se pronunció, previo a la lectura del fallo, sobre la nulidad presentada por el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, desconociendo de esta manera la voluntad del acusado, según lo previsto en el artículo 130 del CPP.

**2. Segundo cargo (subsidiario) – violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida**

Denuncia la aplicación indebida de los artículos 397, 409, 410, 404 y 412 del CP, y los artículos 1 – 39 y 41 de la ley 80 de 1993, por cuanto se acusó a ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS por delitos que requerían como sujeto activo calificado a un servidor público. Afirma que como particular no fue investido de funciones públicas, porque de acuerdo con el contrato número 0327 del 17 de febrero 2013, celebrado entre el Municipio de Ibagué y la empresa ACIS SAS, representada por el acusado, su relación contractual no estaba relacionada con la prestación de servicios en el IMDRI ni implicó la delegación de funciones públicas.

Sala Casación Penal 2021

**3. Tercer cargo (subsidiario) – violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia por suposición de prueba**

El demandante sostiene que en los fallos de instancia se consignó que el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS fue *"designado verbalmente por el alcalde de la época…",* sin que exista prueba de ese hecho; por esta razón, se viola lo preceptuado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia y el contenido de los artículos 6, 372, 375, 380 y 381 del CPP, pues asimilar o considerar que una designación verbal es una prueba de la condición de servidor público es suponer la existencia de un elemento material probatorio que no aparece en la actuación procesal.

**4. Cuarto cargo (subsidiario) – violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de legalidad**

Sala Casación Penal 2021

En opinión del censor, los fallos de primera y segunda instancia desbordaron el marco fáctico de la acusación, pues en ella los hechos fueron enmarcados *como "ocasionados desde el mes de julio de 2013, hasta el 27 de noviembre de 2013"*; sin embargo, en la sentencia de segunda instancia se refirieron contratos del año 2012, febrero de 2013, enero de 2014 y enero y marzo de 2015, cuando solamente debió considerarse el contrato 0327 celebrado el 19 de febrero de 2013.

Pide, en consecuencia, que la Sala case la sentencia por las postulaciones expuestas y, en consecuencia, decrete la

nulidad de la actuación retrotrayéndose a la audiencia de acusación ante el Juez 1º Penal del Circuito Especializado de Ibagué, de acuerdo al cargo principal. De no prosperar esta pretensión, se avalen los argumentos de los cargos subsidiarios para establecer la no calidad de servidor público del acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS.

## CONSIDERACIONES

La Corte ha reiterado que de conformidad con el artículo 183 del CPP, la admisión de la demanda de casación supone su *debida* presentación. De modo que el censor está obligado a consignar de manera precisa y concisa tanto las causales invocadas como sus fundamentos; es decir, está obligado a acreditar la afectación de derechos fundamentales y justificar la necesidad del fallo de casación, de este modo cumplir con algunos de los fines del recurso, a saber, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y/o la unificación de la jurisprudencia.

Sala Casación Penal 2021

Ese propósito no se consigue de cualquier manera, en la medida que el artículo 184 inc. 2° ídem prevé que la demanda no será admitida cuando el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta

fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso. Salvo que el cumplimiento de alguno de esos fines permita superar los defectos técnicos que exhibe la demanda y proceder a decidir de fondo.

De conformidad con lo que se expondrá a continuación, la demanda bajo estudio no acredita el cumplimiento de los requisitos necesarios para su admisión, pues las censuras se presentan con ausencia de precisión, matizada de incoherencias en la fundamentación de los cargos y es contradictoria en la exposición de las causales, lo que le resta vocación para admitir la demanda y proceder con el trámite de casación para provocar una decisión sustancialmente diferente a la adoptada en la sentencia impugnada.

Sala Casación Penal 2021

**1. Primer cargo (principal) – Nulidad**

La Corte reitera que de conformidad con los artículos 181-2 y 457 inc. 1º del CPP, en el ámbito de la casación es causal de nulidad el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o la violación de la garantía fundamental a la defensa.

Conforme al criterio de la Sala, si bien por estos motivos de nulidad la postulación y desarrollo del cargo puede ser sencilla, esto no significa que el recurrente pueda abandonar por completo el rigor técnico, tanto en la correcta y precisa

selección de la causal, como en el desarrollo y sustentación metodológica, consistente y suficiente del reparo.

En ese contexto, la censura debe sujetarse a los principios que orientan la invalidación de la actuación procesal por la que se propende en la impugnación. Para lo cual, será imprescindible evidenciar la necesidad de acudir a esa reparación extrema, en razón de la existencia de una irregularidad manifiesta que se ajuste a alguna de las causales *taxativas* indicadas en la ley (artículos 455 a 458 de la ley 906 de 2004); acreditar el dislate ocurrido con la sustentación fáctica y jurídica suficiente; mostrar que la parte afectada con el vicio de procedimiento merece la protección que se busca a través de la nulidad, en cuanto no haya coadyuvado con su conducta a la formación del acto irregular; asimismo, que no lo *convalidó* o no lo consintió expresa o tácitamente; comprobar que el trámite irregular impidió alcanzar la finalidad a la cual estaba destinado el acto procesal; que se afectó de manera *trascendental* una garantía esencial o se desconocieron las bases fundamentales del proceso; finalmente, que no puede acudirse a otro mecanismo para corregir el yerro procedimental. CSJ. AP2590, 30 sep. 2020. Rad 53996.

Sala de Casación Penal 2021

Bajo esos parámetros se revisarán los argumentos que fundamentan la demanda en punto de la nulidad.

*1.1 Violación del debido proceso por inadecuada tipificación de los hechos, por tratarse de conductas punibles de sujeto activo calificado.*

En cuanto a este primer reproche, donde se alega la vulneración de derechos en la condena impuesta a ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, en razón a que los delitos de la acusación requieren la condición de un sujeto activo calificado -servidor público-, calidad que, dice el impugnante, nunca tuvo el acusado, de entrada se advierte que el cargo no debió postularse por la vía de la nulidad, pues la falta de acreditación de alguno de los elementos estructurales del delito o delitos imputados, no puede llevar a esa solución jurídica sino a la modificación del fallo, ya sea por atipicidad de la conducta o errónea calificación de la misma, según el caso.

Sala Casación Penal 2021

Ahora, el demandante postula el mismo argumento bajo la casual primera prevista en el artículo 181 del CPP., alegando la violación directa de la ley sustancial, dejando de lado que el fallo recurrido se profirió anticipadamente, como consecuencia de la aceptación de cargos en la audiencia preparatoria, motivo por el cual el interés jurídico para recurrir se restringe a aspectos relacionados con el monto de la sanción, *la vulneración de garantías fundamentales* y los mecanismos sustitutivos de la pena intramural.

Sobre ese aspecto, la Sala tiene decantado que de acuerdo con el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, en la aceptación de cargos o la celebración de acuerdos con la Fiscalía, rige el principio de *irretractabilidad*, que prohíbe a la parte vinculada desconocer lo pactado o el convenio realizado, directa o indirectamente, bien porque de manera expresa así lo manifieste o porque pretenda con posterioridad discutir sus términos, salvo que ese proceso se haya efectuado con transgresión de sus garantías fundamentales, caso en el cual corresponde al acusado la demostración de alguna irregularidad que haya viciado su consentimiento o, en general, quebrantado sus derechos.

Sala Casación Penal 2021

Bajo esa lógica, en principio el demandante no tiene interés para discutir en esta sede los cargos que aceptó por la vía señalada. Sin embargo, por concretarse la alegación a la presunta violación del principio de legalidad, que constituye una de las garantías del juzgamiento penal, el reproche será analizado en su aspecto formal al contestar el cargo presentado al amparo de la causal primera.

*1.2 Violación del debido proceso por vicios del consentimiento.*

1.2.1 En un primer punto el demandante sostiene que la aceptación de los cargos por parte de ORLANDO

ARCINIEGAS LAGOS obedeció a un vicio del consentimiento generado por falta de información relacionada con el descuento punitivo que se realizaría como consecuencia del allanamiento a cargos, lo que forjó una expectativa del posible otorgamiento de un descuento mayor al consagrado normativamente, pues el allanamiento obedeció a un acuerdo celebrado con la Fiscalía en el que al acusado se le prometió beneficios judiciales que no se cumplieron. Además, reclama que no se aplicó la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el control material del allanamiento y los preacuerdos.

Las situaciones planteadas por el defensor carecen de corrección material y, por tanto, no tienen vocación para un estudio de fondo, pues el contenido de la censura no enfrenta las circunstancias que rodearon la audiencia en la cual el acusado manifestó su voluntad de aceptar los cargos y el consecuente control judicial que efectuó el juez de conocimiento.

Sala Casación Penal 2021

En efecto, advierte la Sala que en su argumentación el censor deja de lado el contenido real de la audiencia preparatoria en lo relacionado con la aceptación de cargos efectuada por el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, pues es claro que no fue el resultado de un preacuerdo con la Fiscalía, el cual se intentó y fracasó antes de la

formulación de acusación[21], sino que es consecuencia de una manifestación consciente y libre de su voluntad, que a su vez contó con las garantías procesales para proteger sus derechos, gracias al control judicial oportuno que ejerció el Juez de conocimiento, en cada uno de los pasos de constatación y verificación.

Es necesario recordar, solo para verificar la corrección material del cargo, que fue el defensor del acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS quien propuso "*el cambio de naturaleza de esta audiencia* [preparatoria] *por cuanto que su representado tiene interés de hacer uso del allanamiento a cargos",* agregando que, por el traslado de los elementos de prueba, conoce su contenido y los delitos por los cuales se acusó a ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS; ante esa invitación, el Juez procede a interrogar al acusado[22], quién reitera la postura de la defensa técnica y manifiesta directamente que tiene clara la formulación de la acusación. Así transcurrió la audiencia una vez se conoció la voluntad de la defensa, avalada por el imputado[23]:

> *Juez: «Bien. En consecuencia, señor ORLANDO ARCINIEGAS, el despacho si, en virtud de las manifestaciones anteriores, tiene que hacer una intervención, de cara a establecer si el consentimiento que se va a expresar está exento de vicios. De la misma forma, le voy a hacer una reiteración sobre los cargos para que expresamente quede consignado su deseo, en esta audiencia preparatoria, de allanarse a los cargos, teniendo en cuenta y en*

[21] En efecto existió una propuesta inicial de preacuerdo que fue retirada por la Fiscalía a solicitud del defensor y la defensa, según se afirma. Este punto se desarrollará en el cargo relacionado con la presunta violación a la defensa técnica.
[22] Cuaderno 2 del Juzgado, folios 338, audio audiencia preparatoria, minuto: 00:16:40
[23] Cuaderno 2 del Juzgado, folios 338, audio audiencia preparatoria, minuto: 00:12:50.

Sala Casación Penal 2021

*consideración el descubrimiento preparatorio que se hiciera en la audiencia de formulación de acusación. ¿Queda clara esa situación?*

*Acusado: «Sí queda claro su señoría.*

*Juez: «Bien, señor ARCINIEGAS LAGOS, la Fiscalía lo ha acusado a usted por los siguientes delitos: lavado de activos, enriquecimiento ilícito, peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y concusión. Para llegar a esa imputación jurídica, la señora fiscal hace una referencia fáctica a hechos que ocurrieron durante los años 2013 y 2014, en donde se llegó a establecer un sinnúmero de actos que le ha imputado a usted, y que de una u otra forma tienen que ver con los ilícitos por los cuales ha sido convocado a juicio criminal. El despacho le pregunta, si ¿usted tiene clara la acusación?*

*Acusado: «Sí tengo clara la acusación su señoría.*

*Juez: «El despacho le interroga, si ¿usted tiene claro los elementos materiales probatorios con los cuales conoce la Fiscalía?*

*Acusado: «Sí los tengo claros su señoría.*

*Juez: «Señor ARCINIEGAS LAGOS, ¿usted tiene claro que al aceptar su responsabilidad va a ser condenado por los delitos de lavado de activos, enriquecimiento ilícito, peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y concusión?*

*Acusado: «Sí tengo claro su señoría.*

*Juez: «Señor ARCINIEGAS LAGOS, informe a esta presidencia, si ¿su deseo de allanarse a los cargos formulados a la acusación es una manifestación consciente, libre y voluntaria?*

*Acusado: «Si señoría es una manifestación consciente, libre y voluntaria, que además está precedida por dos situaciones qué quiero desde ya acotar; la primera, es pedir perdón y hacer públicas mis excusas a la ciudadanía de Ibagué, por mi actuar en este campo cuando a mí se me dio la posibilidad de haber asesorado un proceso contractual que finalmente terminó en la adjudicación de un contrato a terceras personas, que como en el caso concreto, dieron origen a este proceso penal, de verdad que esa manifestación la hago de pleno corazón, dentro de mi sentir y dentro de mi conocimiento, diciendo que había defraudado la confianza que se me había depositado y desde ya pido [ofrezco] esas disculpas públicas para que quede claro y consignado en esta audiencia, y en segundo aspecto, es que es mi voluntad*

Sala Casación Penal 2021

*entregar bienes para reparar a las víctimas, bienes que están determinados en todos inmuebles y que hace referencia a un apartamento en la ciudad de Ibagué y a mi oficina con sus respectivas anexidades.*

*Juez: «Señor ARCINIEGAS LAGOS, ¿usted tiene claro los derechos que le asisten como procesado?*

*Acusado: «Sí. Tengo claro cuáles son mis derechos, su señoría.*

*Juez: «¿Usted tiene claro que en esta actividad está renunciando a derechos, como a guardar silencio, a no autoincriminarse y a no tener o a no llevar a cabo la diligencia de juicio oral?*

*Acusado: «Sí señoría tengo claro, es más, he venido y seguiré dentro de este acto de arrepentimiento colaborando y contribuyendo a la Fiscalía, en lo que de mi se trata para que esta investigación y las investigaciones en las cuales esté involucrado tengan el éxito que deben tener.*

*Juez: «Señor ARCINIEGAS LAGOS, por favor nos puede indicar, si ¿tiene claro el principio de irretractabilidad que comporta ese acto?*

*Acusado: «Sí lo tengo claro su señoría.*

Sala Casación Penal 2021

*Juez: «¿Tiene claro usted que, una vez concluido este acto procederemos a individualizar la pena y usted va a terminar condenado por esos delitos y la pena que se llegare a tasar?*

*Acusado: Sí. Tengo claro eso señoría y sé que cometí un error por eso lo manifiesto y he pedido [ofrecido] las disculpas públicas respectivas y sé también cuáles pueden ser las consecuencias.*

*Juez: «Bien, finalmente el despacho le indica que esta circunstancia de aceptar los cargos o allanarse a los cargos formulados en la acusación,* ***pues la ley procesal establece una disminución de pena que será objeto de análisis por parte de este funcionario judicial en la respectiva sentencia y que en un momento determinado puede ser objeto de los recursos o controles jurisdiccionales respectivos.*** *En consecuencia, señor ARCINIEGAS LAGOS, para que quede absolutamente claro, ¿usted acepta los cargos formulados por la Fiscalía en la acusación?*

*Acusado: «Sí su señoría los acepto.*

*Juez: «En consecuencia, el despacho teniendo en consideración lo anterior, teniendo en cuenta la diligencia que se adelantará el 12 de junio de 2016, teniendo en cuenta la formulación de acusación, teniendo en cuenta el análisis que hace la señora fiscal al momento*

*de exponer el descubrimiento probatorio, considera que se dan los presupuestos para avalar está aceptación a los cargos formulados en la acusación. Y lo precedente es, señora fiscal, para efectos de emitir la sentencia, allegue copia de los mismos de cara a establecer la pena que llegaré a establecer por los delitos que va a ser condenado el señor ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, de lavado de activos, enriquecimiento ilícito, peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y concusión, con la advertencia, pues, que será esa la base de la sentencia que no puede ser otro que la congruencia con los cargos que han sido formulados y debidamente aceptados.*

*«Considera este funcionario judicial, que, si bien es cierto, el procedimiento venía posterior, ya se hizo claridad, énfasis en porque se le corrió traslado para que no determinaran que hubiese alguna irregularidad frente al procedimiento que se está estableciendo; en este caso, el allanamiento a la acusación que está haciendo el señor ARCINIEGAS LAGOS.*

*«En consecuencia, señor ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, va a ser usted condenado por esos delitos, lavado de activos enriquecimiento ilícito, peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y concusión. Por lo tanto, usted conforme lo establece los artículos 450 y 451 de la ley 906 de 2004 continuará privado de su libertad hasta tanto se dé lectura a la sentencia.*

*«Y procedemos en consideración, de manera inmediata a lo antes desarrollado, a que se proceda a individualizar la pena de conformidad con lo establecido en el artículo 447 de la ley 906 de 2004, esto es para que se establezcan las condiciones personales, familiares y sociales y demás aspectos que incidan en la punibilidad o reconocimiento de algún mecanismo alternativo a la pena privativa de la libertad. En consideración a lo anterior, se le da el uso de la palabra en su orden señora fiscal».*

Sala Casación Penal 2021

De tal manera que la constatación del discurrir de la audiencia, deja clara la actuación del Juez de conocimiento, quien procedió a escuchar al acusado sobre su voluntad de aceptar los cargos formulados en la acusación; verificó el cumplimiento de los requisitos para garantizar el respeto al debido proceso y constató que el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, al allanarse, lo hiciera de manera

consciente, libre, voluntaria e informado de que el descuento punitivo sería el establecido en la ley procesal.

Por ello, en lo que a este último aspecto se refiere, en el fallo de segundo grado se lee que[24]:

> *«No hay lugar a invalidar el allanamiento a cargos realizado por ARCINIEGAS LAGOS, por el hecho de que el ad quo no le hubiese especificado a cuánto correspondería el descuento punitivo…, dado que, dicha rebaja está expresamente consagrada en el inciso 2º del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, a lo que se suma que el implicado fue debidamente asesorado por su abogado defensor y manifestó ser conocedor de todas las consecuencias que se derivarían de su decisión de aceptar su responsabilidad por la comisión de las conductas punibles que le fueron imputadas en la acusación, por lo que la carencia de tal aclaración no constituye violación alguna de las garantías fundamentales que le asisten y ,en consecuencia ,no es procedente declarar la nulidad de la actuación".*
>
> *«…»*
>
> *«Además, declarar la nulidad para señalarle que la sanción tendrá "una rebaja hasta de la tercera parte de la pena a imponer", que el juez tasará conforme a los criterios previstos en el art. 61, ningún beneficio traería al procesado, ni el libelista advierte cuál sería la trascendencia, pues tal es el contenido del artículo 356 núm. 5º. de la ley 906, y ninguna oposición habrían podido realizar el acusado o su defensor. Por otra parte, el fallo fallado se movió dentro de los extremos abstractos admisibles y realizó la rebaja de pena correspondiente al estadio en que se produjo la aceptación incondicional de los cargos conforme al prenombrado artículo del CPP».*

Sala Casación Penal 2021

Esas razones no son controvertidas en la demanda, limitándose el defensor a insistir en un planteamiento carente de contenido, pues no expone en concreto de qué forma se vulneraron los derechos del procesado, cuando

[24] Carpeta 2ª instancia, folio 21.

asistido de un defensor de confianza decidió aceptar unilateralmente, de manera consciente, libre y voluntaria los cargos imputados, con conocimiento de que a cambio recibiría el descuento punitivo señalado en la ley procesal, como se lo explicó el juez y en efecto aconteció, pues el Tribunal le reconoció una rebaja de la tercera parte de la pena imponible, máximo permitido para el momento procesal en que se dio el allanamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 356 del CPP.

En consecuencia, el cargo en este aspecto no puede ser admitido.

Sala Casación Penal 2021

1.2.2. El segundo argumento presentado para sustentar la nulidad tiene que ver con la omisión del juez de conocimiento de dar trámite al memorial presentado por el acusado en el curso de la audiencia de lectura del fallo condenatorio de primera instancia, en el cual, dice, puso en conocimiento el vicio de consentimiento sobre la aceptación de cargos, las razones de su retractación y la consecuente petición de nulidad.

Una primera precisión se enmarca en los tiempos transcurridos entre la lectura del fallo de primera instancia y la radicación del memorial en cuestión, dado que, conforme al registro en audio de la audiencia, la diligencia de lectura

inicio a las 8:38 de la mañana del 6 de marzo de 2017, minuto 00:00:03 del audio, y el memorial se radicó a las 8:42 de la mañana del mismo día en el Centro de Servicios Judiciales y se entregó al Despacho del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué a las 5:30 pm, como consta en las firmas de recibidos registradas en el memorial[25]. Es decir, que contrario a lo expuesto por la defensa en su demanda, el juez no conoció en el curso de la audiencia de lectura de la existencia del memorial radicado en esa fecha por el acusado.

Una segunda precisión se refiere a la manifestación que hizo el defensor[26] al inicio de la diligencia, cuando indica que tenía el propósito de presentar una nulidad sobre la actuación, a lo cual el Juez responde que no es la oportunidad procesal y que la misma la puede presentar, si es del caso, a través de la impugnación de la sentencia, pues claro había quedado que en esa audiencia solo se procedería a la lectura del fallo.

Sala Casación Penal 2021

Ninguna razón jurídica presenta el impugnante para sustentar la pretendida ilegalidad del trámite impartido, pues realmente la ley no habilita espacio alguno para alegar nulidades en la audiencia de lectura del fallo de primera instancia, distinto al recurso de apelación que contempla

[25] Cuaderno 2 del Juzgado, folios 53.
[26] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 2, audio lectura de fallo de primera instancia, minuto: 00:06:34.

para cuestionar no sólo los fundamentos del fallo respectivo, sino incluso el trámite previo al mismo.

Además, se advierte que las inquietudes expuestas por el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS en el referido memorial, fueron presentadas por los defensores recurrentes, como procedía, en la sustentación de su apelación a la sentencia de primera instancia, donde alegaron sobre la desatención a la calidad de servidor público del procesado[27], la inadecuada tipificación de las conductas[28], el reclamo por vicios del consentimiento en trámite de aceptación de cargos[29], la omisión de determinar e informar las consecuencias punitivas al momento del allanamiento a cargos[30], y la obligación del juez constitucional a aplicar los precedentes jurisprudenciales[31], alegaciones todas que fueron valoradas y respondidas por el Tribunal en el fallo de segunda instancia.

Sala Casación Penal 2021

En consecuencia, ningún yerro se acredita en este punto.

*1.3 Nulidad por violación del principio de lealtad procesal*

[27] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 52.
[28] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 49.
[29] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 40.
[30] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 35.
[31] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 31.

El censor alega que se afectaron los derechos del procesado con el retiro que hizo la Fiscalía del preacuerdo celebrado con el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS. Sobre esta actuación, se observa que en efecto el 30 de junio de 2016 la Fiscalía radicó escrito de preacuerdo[32] y una vez el Juez asume el conocimiento, señaló el 12 de julio de 2016 a las 4 p.m., como fecha y hora para efectuar la audiencia de verificación del mismo, la cual no se realizó por solicitud de la defensa[33], y por no haberse podido realizar de forma virtual. Posteriormente y antes de la nueva fecha fijada por el Juzgado, la Fiscalía presentó escrito a través del cual informó que *"a petición del imputado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS y su abogado defensor SAMUEL DUARTE se solicita el retiro del preacuerdo presentado dentro del radicado de la referencia el pasado 30 de junio de 2016"*[34].

Sala Casación Penal 2021

Frente a la censura a esta actuación, en el fallo de segunda instancia se afirma que el escrito de preacuerdo fue retirado por la Fiscalía, sin que el Juez tuviera oportunidad de pronunciarse sobre el mismo y sin que conste en el expediente la razón o motivo de los sujetos procesales, indicándose que:

> "*De los postulados del artículo 293 de la ley 906, se desprende que, en primer lugar, los preacuerdos son fruto de la voluntad de los sujetos procesales y únicamente de ellos, esto es la iniciativa*

[32] Cuaderno 1 del Juzgado, folios 178 a 163.
[33] Cuaderno 1 del Juzgado, folio 185.
[34] Cuaderno 1 del Juzgado, folio 198.

*la tienen las partes acusadora y defensa técnica y material, pues los intervinientes permanecen como espectadores con unas facultades limitadas.*

*"En segundo lugar, el juez permanece al margen mientras no les sean sometidas a su verificación las condiciones en que el procesado asumió los compromisos que serían del preacuerdo, esto es, deberá determinar si fue un voluntario, libre y espontáneo*

*"En tercer lugar antes de que eso ocurra, tanto la Fiscalía como la defensa pueden retractarse del convenio sin que el juez tenga la más mínima posibilidad de intervenir, pues lo que marca la irretractibilidad es, precisamente, su examen, realizado en la audiencia, con comparecencia de las partes"*[35].

Esas razones no son confrontadas en la demanda, y el censor no acredita de qué manera la judicatura vulneró los derechos que alega, pues simplifica la sustentación a relacionar una serie de situaciones como la supuesta vulneración de derechos por el incumplimiento de la Fiscalía de imprimir el trámite para adelantar el principio de oportunidad; la colaboración prestada por el acusado para aclarar los hechos y vincular a la investigación a terceras personas y el desconocimiento de las razones por las cuales la Fiscalía retiró el preacuerdo presentado, sin que en la demanda se explique porque no fueron sopesados al momento en que el procesado, asistido de su defensor, expresó su voluntad de aceptar, unilateralmente, los cargos en la audiencia preparatoria.

Sala de Casación Penal 2021

De todas maneras, advierte la Sala que en la audiencia de aceptación de cargos, la Fiscalía aclaró que la aplicación

[35] Carpeta 2ª instancia, folio 22 vuelto.

del principio de oportunidad, como bien lo sabía la defensa y el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, se adelantaba dentro de otras investigaciones que cursan en contra de este, sin tener efectos dentro de la aceptación de cargos que se realizaba; situación que la defensa y el acusado asintieron y no controvirtieron. Entre otras, porque la intención de allanarse a los cargos fue propuesta directamente por el acusado, sin advertir condicionamientos o compromisos en curso con la Fiscalía.

Además, el procesado y su defensor conocían que, a pesar de haberse explorado la posibilidad de un principio de oportunidad, la misma se desechó por inviable, según aparece registrado en constancia de la Fiscalía del 1º de septiembre de 2016, que la misma defensa transcribe de la siguiente manera:

Sala Casación Penal 2021

> *"…se analizó el contenido de las manifestaciones hechas por el imputado Orlando con relación a la finalidad del interrogatorio por él rendido, esto es, que se le aplique un principio oportunidad total dentro de la presente investigación, y dado que esta solicitud ya fue objeto de valoración en el Comité Técnico jurídico en donde unánimemente se decidió no aceptar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad dentro de este radicado, de lo cual fue informado al señor abogado de la defensa y a la defensora suplente, no se considera pertinente la suscripción de esta diligencia, esto con la anuencia del abogado defensor Dr. Samuel Duarte quien además manifestó que él ya lo habían enterado del procedimiento, que su cliente sabía cuáles eran las posibilidades jurídicas a las cuales podía optar y de manera específica que no procedía al principio oportunidad en esa investigación, además dio a conocer que no entendía por qué su cliente insistía en la aplicación de una propiedad jurídica y ya se le había explicado*

*que no procedía. Asimismo, estoy de acuerdo en que se presentara el escrito de acusación*[36]*"*

Así las cosas, de ninguna manera se acredita en la demanda el alegado vicio del consentimiento y, por el contrario, al contrastar la realidad procesal, se advierte que fue el acusado quien, debidamente asistido por su defensor, interrumpió el curso de la audiencia preparatoria para manifestar que era su voluntad aceptar los cargos de manera consciente, libre y voluntaria[37], contexto en el que el Juez de conocimiento ejerció el control judicial al verificar el acuerdo y advertir al acusado las consecuencias de la aceptación de los cargos, sobre los cuales este manifestó entender cabalmente.

Sala Casación Penal 2021

Así las cosas, ante la falta de fundamento de la causal de nulidad alegada, se inadmitirá la postulación presentada.

*1.4 Nulidad por violación del derecho a la defensa técnica*

[36] Carpeta 2ª instancia, folio 78.
[37] Cuaderno 2 del Juzgado, folio 12. Al respecto en la sentencia de primera instancia se indica que *"Por lo tanto, del estudio de los medios de prueba y de la aceptación de los cargos que fueron imputados por la Fiscalía en la acusación al procesado, lo cual se determinó que se hizo de forma libre, consciente y voluntaria, con el ingrediente que se trata de una persona avezada en conocimientos de áreas jurídicas, inclusive en el penal, y con pleno conocimiento de la acusación y de los medios de prueba, se colige sin hesitación alguna que ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS incurrió conscientemente de forma dolosa en las conductas atribuidas, por lo que es procedente emitir una condena"*

El casacionista sostiene que el profesional que le antecedió no ejerció una adecuada labor, en particular, porque mostró pasividad en diversas etapas del proceso, así, en la audiencia de formulación de acusación al no plantear la incompetencia del juez, cuando este debió ser adelantado por un Juez Penal del Circuito de Bogotá; al momento en que la Fiscalía decidió retirar el preacuerdo celebrado previamente a la formulación de la acusación; durante el trámite de la audiencia preparatoria cuando el acusado decide aceptar los cargos; y en la lectura del fallo frente a la retractación de cargos que intentó el acusado.

Lo que pone de manifiesto el recurrente en este cargo es su claro desacuerdo con la actividad defensiva desplegada por quien le antecedió en la defensa, en tanto no actuó según su parecer, olvidando con ello que, según lo tiene decantado la Corte, en sede de casación no resulta dable juzgar el acierto o desatino de la gestión profesional de los defensores que precedieron a los actores, pues cada letrado tiene su particular forma para afrontar la labor encomendada, sin que sea factible determinar en forma irrebatible cuál pudo ser la mejor y más afortunada estrategia defensiva, por lo que la táctica empleada en el ejercicio de su actividad responde a sus propias percepciones profesionales, sin que ello tenga la connotación de socavar el derecho de defensa técnica[38].

Sala Casación Penal 2021

[38] CSJ AP, 28 sep. 2006, rad. 25.247. En el mismo sentido, CSJ AP-3163-2015, 25 may. 2016, rad. 46.698.

Además, las críticas formuladas por el demandante a su antecesor en la defensa no acreditan una particular condición de indefensión del acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, pues solo reflejan posiciones procesales, sin que se muestre cómo de haber sido distintas, otra habría sido la suerte del acusado.

Así, el hecho de que el trámite procesal haya sido surtido ante un juez de Ibagué y no de la ciudad de Bogotá, no tiene incidencia alguna en la defensa del acusado, pues el trámite procesal habría sido el mismo. Además, el silencio del defensor no se enfrenta con la realidad procesal, la cual muestra que la mayoría de los delitos imputados a ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS se cometieron en la ciudad de Ibagué, lugar donde se adelantó el eje central de la investigación, motivos suficientes para que allí se formulara la acusación.

Sala Casación Penal 2021

Sobre el retiro del escrito de preacuerdo por parte de la Fiscalía, no se especifica en la demanda el motivo de esa determinación ni como ella podía ser controlada o impedida por la defensa. Además, como lo puntualizó el Tribunal, en la actuación aparece constancia de que la Fiscalía informó que el retiro del preacuerdo había sido concertado con la

defensa y el acusado, sin especificar los motivos de esa determinación, siendo claro también que, antes de que sea avalado por el juez del proceso, tanto una parte como la otra, están en el derecho de retractarse del convenio sin que el director del proceso tenga la más mínima posibilidad de intervenir, y al ser la Fiscalía la titular de la acción penal y responsable de su ejercicio no está obligada a concertar o mantener el preacuerdo cuando se incumplen los fines señalados en el artículo 348 del CPP, o se rompe la voluntad de las partes. Ante tal situación, la defensa queda sin posibilidad de habilitar un control judicial para obligar a la Fiscalía a mantener el preacuerdo y someterlo a la verificación ante el Juez competente.

Sala Casación Penal 2021

Precisamente, sobre esa potestad del ente acusado, se señaló en el fallo de segundo grado, que:

> *"La Fiscalía es la titular de la acción penal y responsable de su ejercicio, y que no está obligada a concertar la terminación a través de los mecanismos de justicia premial si por razones valederas estima que no se cumplen los fines de que trata el art. 348 de la ley 906 o no se satisfacen los requisitos que para cada delito de que se trata establece el régimen procesal. Y en todo caso la acusadora no está obligada a hacer exposición de sus razones ante el juez.*
>
> *"los impugnantes ninguna justificación presentan para que ese motivo dé lugar a la nulidad del trámite, pues omiten cualquier alusión a los principios que rigen las nulidades y la Sala no advierte que ello sea necesario para restaurar valores fundamentales"*[39].

[39] Carpeta 2ª instancia, folio 21.

Ahora, frente a los cuestionamientos al silencio guardado por el abogado defensor durante el trámite de la aceptación de cargos durante la audiencia preparatoria, cabe recordar, como se hizo en el fallo impugnado, que "*el implicado fue debidamente asesorado por su abogado defensor y manifestó ser conocedor de todas las consecuencias que se derivarían de su decisión de aceptar su responsabilidad por la comisión de las conductas punibles que le fueron imputadas en la acusación…*"[40].

Por lo tanto, lo que muestra la actuación es que el abogado defensor en el curso de la audiencia de aceptación de cargos veló por los intereses del acusado, por ejemplo, al pedir suspender momentáneamente la misma para mantener un diálogo con su representado; al manifestar que conocía los elementos de prueba obrantes en el proceso, y que sabía de las consecuencias propias de esta aceptación.

Sala Casación Penal 2021

Finalmente, en relación a la actividad desarrollada durante la lectura del fallo, el defensor, en su ejercicio legítimo, planteó ante el Juez de conocimiento la pretensión de presentar y sustentar una nulidad, la cual no fue atendida porque la solicitud se presentó en un momento procesal inoportuno, al punto que el Juez de conocimiento explicó,

[40] Carpeta 2ª instancia, folio 21 vuelto.

aclaró e informó que esa pretensión la podía plantear en una futura impugnación de la sentencia, tal como en efecto ocurrió, pues ese defensor presentó la correspondiente apelación contra el fallo de codena de primera instancia.

En conclusión, las críticas del demandante a la actuación de su antecesor en la defensa de ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS son subjetivas y sólo muestran disconformidades sobre el actuar de su predecesor y no acredita la vulneración del derecho a la defensa que alega, razón por la cual el cargo se inadmitirá.

**2. Segundo cargo (subsidiario) – violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida**

Sala Casación Penal 2021

El impugnante insiste en que su defendido ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS no tenía la condición de servidor público que exige los delitos de la acusación (artículos 397, 409, 410, 404 y 412 del CP), pues el contrato de prestación de servicios No. 0327 del 17 de febrero 2013, firmado entre ACIS SAS y la administración municipal, tuvo como único objetivo *"contratar la prestación de servicios profesionales de una firma especializada (persona jurídica) para realizar el acompañamiento contable, tributario, financiero y jurídico de los diferentes procesos que adelanta la Secretaría de Hacienda municipal"*, sin que por ello tuviera una relación contractual con el Instituto municipal

de deporte y recreación de Ibagué (IMDRI), ni la delegación de funciones pública ante este instituto.

Los cuestionamientos no consultan la realidad procesal, pues desde las audiencias de imputación de cargos y formulación de acusación, así como en los fallos de primera y segunda instancia, fue clara la atribución de la calidad de servidor público del acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS en el cumplimiento de los contratos y consecuentes actividades a cargo durante los años 2013 y 2014.

Así, en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal cita el artículo 20 del CP en cuanto señala que *"Para todos los efectos de la ley penal... se consideran servidores públicos... los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria"*, presupuesto normativo que coordina con el artículo 56 de la ley 80 de 1983, en cuanto que al acusado no se le está elevando a la categoría de servidor público como tampoco se le desconoce su condición de particular. Así se lee en el fallo del Tribunal[41]:

> *"Tanto la Corte Constitucional[42] como la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tienen reiterada jurisprudencia que puede resumirse en la siguiente afirmación: 'lo que transfiere al particular la condición de servidor público no es el vínculo contractual, sino la naturaleza de la función que le es asignada, la cual tiene que ser pública, entendida por tal la que se inscribe en el ejercicio de la prestación de un servicio a cargo del Estado'. CSJ, SP15530, 11 nov. 2015, Rad. 44915.*

[41] Carpeta 2ª instancia, folio 41 vuelto.
[42] Corte Constitucional, Sentencia C-563-1998.

Sala Casación Penal 2021

> *"Ahora bien, de los elementos materiales probatorios allegados al expediente se desprende, con claridad, que la calidad de servidor público exigida por el tipo penal sí puede predicarse respecto de ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS conforme a las ampliaciones que de tal concepto hacen las normas atrás indicadas".*

En el caso, conforme lo destacó el fallo de segunda instancia, el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, como representante legal de la persona jurídica Asesorías y Cobranzas Integrales de Colombia 'ACIC SAS', suscribió contratos de prestación de servicios con la Alcaldía Municipal de Ibagué, en virtud de los cuales participó de manera activa en el trámite de preparación, contratación y ejecución de los contratos con miras al cumplimiento de la participación de la ciudad de Ibagué como sede de los XX Jugos nacionales y IV paranacionales.

Sala Casación Penal 2021

Dicha posición, se destaca, es concordante con la postura jurisprudencial de la Sala, según la cual el hecho de efectuarse la vinculación a través de un contrato de prestación de servicios, no impide que el particular adquiera la calidad de servidor público, ya que lo relevante es que en el contrato de prestación de servicios se le atribuyan funciones que son de una connotada naturaleza pública, como cuando se le contrata para que asuma la responsabilidad de la preparación de todos los asuntos de orden técnico indispensables para las obras, incluido lo relacionado con el pliego de condiciones. No se trata, en estos casos, de un simple ejecutor material sino de un elemento clave para planificar y concretar proyectos esenciales para

los cometidos de la institución (CSJ, AP3505, 25 jun. 2014 Rad. 42930).

En el fallo de segunda instancia se indican y valoraron los contratos suscritos por el acusado con el municipio de Ibagué entre 2012 y 2015, y junto con otros medios de prueba, relacionados con los hechos jurídicamente relevantes, se precisó que el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS es condenado por delitos cometidos entre los años 2013 y 2014, lapso que comprende lo ocurrido durante la estructuración jurídica de los procesos contractuales para la realización de las obras públicas que se requerían para la construcción de los escenarios deportivos, la adjudicación del contrato a la empresa TYPSA y el pago ilícito del dinero acordado previamente para lograr la adjudicación del contrato a esa empresa.

Sala Casación Penal 2021

En este sentido, se advierte en el fallo, el 19 de febrero de 2013 se celebró el contrato 0327 entre el Municipio de Ibagué y la empresa ACIC SAS, representada por el acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, con duración hasta el 31 de diciembre de 2013, cuyo objeto giró en torno al asesoramiento en la ejecución de funciones administrativas, con miras a dar cumplimiento a las políticas del plan de desarrollo; además, entre sus obligaciones estuvo la de *"realizar el acompañamiento contable, tributario, financiero y jurídico de los diferentes procesos que adelanta la Secretaría de Hacienda municipal"*.

Así mismo, entre los mismos sujetos contractuales, el 23 de enero de 2014 se celebró el contrato número 0997 con duración hasta el 30 de diciembre de 2014 que incluía la obligación de *"asesorar la estructuración jurídica de los procesos contractuales que adelante la administración para la realización de las obras públicas que se requieran para la construcción de los escenarios deportivos de los XX Juegos Nacionales"*.

Y en sede de precisar las funciones públicas cumplidas por el acusado ARCINIEGAS LAGOS, en el fallo de segunda instancia[43], con base en el análisis de actas y entrevistas, se indican algunas de las actividades que con ese carácter ejecutó en múltiples reuniones, con la participación de otros servidores públicos que representaban a entidades del municipio de Ibagué; se destaca que esas actividades giraron en torno de evaluar opciones para la construcciones de escenarios deportivos, la presentación de borradores de los prepliegos y estudios previos, presentar propuestas, asesorar sobre el presupuesto estimado de costos, o rendir conceptos -como aquel en el que indicó que no era necesaria la interventoría en el proceso contractual de consultoría celebrado con la empresa TYPSA, pues esta se suplía con un supervisor-.

Sala Casación Penal 2021

Es decir, según el fallo, ARCINIEGAS LAGOS, en cumplimiento de los objetos contractuales prestó sus servicios

[43] Carpeta 2ª instancia, folios 39 a 36.

de asesoría y participó en la planeación, celebración y ejecución de los contratos para los diseños de los escenarios deportivos de las obras destinadas a los XX juegos nacionales y IV paranacionales a celebrarse en la ciudad de Ibagué.

En este sentido, el fallo deja claro que ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS gozaba de la condición de servidor público que se requiere como sujeto activo calificado en los delitos de la acusación, aspecto que no es derruido por el demandante, quien simplemente se limita a oponer su perspectiva sin demostrar yerro alguno en las valoraciones del juzgador.

Por tanto, en apoyo de las anteriores consideraciones se inadmitirá el cargo propuesto.

Sala Casación Penal 2021

**3. Tercer cargo (subsidiario) – violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia por suposición de prueba.**

Por la vía de la causal tercera, el demandante acusa al fallador de haber incurrido en un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, pues *"los jueces de primera y segunda instancia, al asimilar y/o considerar que una designación verbal efectuada por el alcalde de la época, es una prueba de la condición de servidor público, están suponiendo la existencia de un elemento material probatorio. Inexistencia de forma material, teniendo*

*en cuenta que no se aprecia en las foliaturas un elemento de juicio pertinente, e igualmente inexistente a la vida jurídica por no reunir las formalidades que exige un contrato estatal"*.

El censor postula la critica a partir de un presupuesto erróneo que no consulta los fundamentos del fallo, pues como lo sostuvo el Tribunal existen suficientes elementos materiales de prueba, entre documentos y entrevistas, que dan cuenta de que la designación verbal que recibió el procesado por parte del Alcalde se encontraba dentro del cumplimiento de las obligaciones que asumió el procesado como contratista en representación de la empresa 'ACIS SAS', en particular en los contratos Nos. 0327 del 19 de febrero de 2013 y 0997 del 23 de enero de 2014.

Sala Casación Penal 2021

Por lo tanto, falta a la corrección material del cargo sostener que la designación verbal fue el único fundamento sobre el cual los fallos de instancia probaron la condición de servidor público del procesado. Por el contrario, se evidencia del material probatorio analizado que el acusado cumplió funciones públicas, de manera directa y personal, en cumplimiento de las cláusulas propias de los contratos que celebró con la alcaldía de Ibagué en 2013 y 2014.

3.3 De otra parte, el impugnante considera necesario unificar la jurisprudencia para no dejar al arbitrio las interpretaciones que los jueces hacen sobre la forma de

contratar y los requisitos para el perfeccionamiento de contratos estatales de las características de los indicados en la actuación, pero no precisa cuáles son los precedentes que se deben unificar, tampoco identifica las posturas que apuntan en sentidos diversos, al tiempo que nada dice sobre la repercusión que tendría ello en la solución el caso.

Es decir, la petición no satisface las exigencias de claridad y precisión que se requieren en el desarrollo de un trámite extraordinario que es de carácter rogado, de suerte que le compete exclusivamente al impugnante precisar su pedido y no a esta Corporación deducirlo (CSJ, AP1893, 22 mar. 2017, Rad. 49770).

Sala Casación Penal 2021

**4. Cuarto cargo (subsidiario) – violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de legalidad**

Al amparo de la causa tercera, el censor ataca la validez de los documentos relacionados con los contratos que fueron celebrados por fuera de las fechas de los hechos plasmados en la acusación, pues el respeto del marco temporal de los hechos jurídicamente relevantes obligaba a que el único contrato objeto de apreciación fuera el número 0327 del 19 de febrero de 2013. Valorar los demás contratos, dice, implica el rompimiento del principio de congruencia, por

atender documentación cuya apreciación es ilegal por no estar relacionada con los hechos.

Sobre la crítica que aborda el impugnante es importante indicar, en primer lugar, que si bien el Tribunal valoró contratos celebrados por fuera del marco temporal de los hechos jurídicamente relevantes, ninguna razón le asiste al afirmar que solo se podía apreciar el contrato No. 0327 de 2013, en tanto que también, como lo hizo fallador de segunda instancia, se debe considerar el No. 0997 del 23 de enero de 2014, pues estos dos se corresponden con las actividades cumplidas e indicadas en los hechos de la acusación.

Sala Casación Penal 2021

Ahora, como lo tiene decantado la Sala, el falso juicio de legalidad hace alusión al proceso de formación de la prueba, defecto que gira alrededor de su validez jurídica y de las normas que regulan la manera legítima de producirla e incorporarla al proceso o, lo que es lo mismo, en torno a sus presupuestos de legalidad.

En este caso, para precisar el contexto de los hechos juzgados, el Tribunal valoró contratos de fechas distintas a las concretadas en la acusación, pero sólo con el objeto de advertir los antecedentes de lo que venía sucediendo con las actividades encomendadas al procesado, sin que el censor acredite que tales elementos de juicio estén viciados de

ilegalidad, pues nada dice en relación con el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de esta prueba.

De otro lado, como se advierte claramente en la sentencia, la condena al procesado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS se limita exclusivamente a las conductas ejecutadas durante los contratos relacionados en la acusación, referidos a la planeación, celebración y ejecución de los contratos relacionados con los juegos nacionales:

> "*En ejecución de los contratos antes descritos, ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS participó en los siguientes momentos que tuvieron directa relación con la planeación, celebración y ejecución de los contratos relacionados con los juegos nacionales:" "Reunión del 1º. de agosto 2013…", "Reunión del de septiembre 2013 según acta o 2 en el despacho de la Secretaría de Hacienda Municipal…", "Reunión del 11 octubre 2013, acta nro. 3 en el Despacho del Alcalde Municipal…", "Reunión del 9 de diciembre de 2013, acta Nro. 4 en el Despacho del Alcalde Municipal…", "Reunión del 13 de diciembre de 2013, acta Nro. 5, en el Despacho del Alcalde Municipal…", "Reunión del 10 de enero de 2014; acta nro. 6, convocada por el Gerente de IMDRI…", y "Reunión del 30 de enero de 2014, con César Martínez Pérez, Director del proyecto de TYPSA…"*[44].

Así las cosas, la demanda no acredita el falso juicio de legalidad denunciado ni tampoco muestra violación al principio de congruencia. Por estas razones, se inadmitirá el cargo propuesto.

[44] Carpeta 2ª instancia, folio 39.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor del acusado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, decisión contra la cual procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y con las reglas que ha definido la Sala en pronunciamientos anteriores a la presente decisión (CSJ, AP 12 dic. 2005, Radicado 24322, entre otros).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia,

Sala Casación Penal 2021

**RESUELVE:**

**Primero. INADMITIR** la demanda de casación presentada por el defensor de ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS.

**Segundo.** Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

Surtido el trámite notificación de este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

Penal 2021



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**FABIO OSPITIA GARZÓN**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**HUGO QUINTERO BERNATE**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**
Secretaria

Sala Casación Penal 2021