



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 095

(Sesión del 31 de agosto de 2022)

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales
Asunto: Fiscalía y Defensa apelan decisión que improbo preacuerdo
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 2 de septiembre de 2022

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto, tanto por el delegado de la Fiscalía General de la Nación como por la defensa de Samir Fernando García Buitrago, contra la decisión del pasado 26 de julio por la cual el Juez Dieciocho Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, improbo el preacuerdo por ellos presentado.

2. HECHOS

El 21 de junio de 2018 el Comando del Ejército Nacional a través de la Brigada de Contrainteligencia N° 1 informo a la Fiscalía General de la Nación que entre 2016 y 2017 se presentaron irregularidades en los procesos contractuales tramitados en el Batallón de Servicios N° 4 "Yariguies", unidad militar subordinada de la VII División y la IV Brigada que tenía la calidad de centralizador, es decir, era la encargada de tramitar toda la contratación de los comandos de estas y sus unidades tácticas.

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

Durante esos años la División y la Brigada estaban comandadas por los Generales Jorge Horacio Romero Pinzón y Jorge Arturo Salgado Restrepo. Se anota además que el Teniente Coronel (r) Harol Felipe Páez Roa fue comandante del Batallón de Servicios N° 4 "Yariguíes" desde el 26 de noviembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2017. Entre 2016 y 2019 Samir Fernando García Buitrago fue contratista del Batallón de Servicios N° 4 "Yariguíes" y de la central administrativa y contable -CENAC- Convenios del Ejército, los contratos fueron adjudicados a través de Ana Lucia Posada Valencia o de Distrilogística.

El Ente Acusador logró establecer la existencia de una organización criminal conformada por militares y civiles que trabajaban para el Ejército y particulares contratistas cuyo objetivo era apropiarse del dinero del Estado a través de la contratación militar. En virtud de ello, el 15 de febrero de 2019, la Fiscalía Tercera Delegada compulsó copias para que en la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín se investigara a personas no aforadas por posibles irregularidades en los procesos contractuales tramitados en el Batallón de Servicios N° 4 "Yariguíes" y fue así como de los testimonios y demás labor investigativa se corroboró que entre 2016 y 2019 Samir Fernando García Buitrago, como contratista del Ejército Nacional, acordó con el Teniente Coronel Harol Felipe Páez Roa, con el Capitán hoy Mayor Edwin Eduardo Carrillo Pacheco, Comandante y Jefe de Presupuesto del Batallón de Servicios N° 4 "Yariguíes", entre otros militares y civiles que trabajaban para el Ejército, apropiarse del dinero del Estado a través de la contratación de esa unidad militar.

Básicamente el acuerdo consistía en que los pliegos de condiciones eran ajustados al perfil del proponente que se comprometía a pagar con el dinero recibido en la primera factura el 10% del valor del contrato a los oficiales y personal civil de esta unidad militar, excepto los contratos de cafetería y catering adjudicados a Samir Fernando García Buitrago y los de obra adjudicados a Ingecodi S.A.S.- Ingeniería Construcción y Diseño, pues su adjudicación no se realizó por el pago de un porcentaje sino por orden de los Generales Romero Pinzón y Salgado Restrepo, es decir, en estos el

procesado no pagó pero sí recibió información que era reservada en la etapa precontractual.

Los Jefes del Estado Mayor de la VII División o la IV Brigada, o uno de los militares de la Sección Logística de esas Unidades Operativas eran los encargados de informar al Teniente Coronel Harol Felipe Páez Roa que debía adjudicar contratos a DistriLogística de propiedad de Samir Fernando García Buitrago, este recibía los pliegos antes de su publicación, los adaptaba a su perfil para que luego fuera publicado utilizando, en ocasiones, los equipos de cómputo del Batallón de Servicios N° 4 "Yariguíes", o los aportaban en memorias USB, correos electrónicos o WhatsApp, así tenía garantizada la adjudicación de los contratos.

Adicional a ello, para hacer modificaciones de último momento y evitar la participación de otros contratistas, generalmente, la información de los contratos no era registrada en el momento oportuno en la plataforma SECOP¹. Cuando era posible que al proponente no le fuera adjudicado el contrato, se utilizaban maniobras como declarar los procesos desiertos para evitar que otros los ganaran, de esta forma los miembros de la organización tenían garantizado el 10% del valor de los contratos tramitados en el Batallón de Servicios N° 4 "Yariguíes". E incluso los Generales Salgado Restrepo y Romero Pinzón, superiores jerárquicos del Teniente Coronel Harol Felipe Páez Roa, a cambio de que este adjudicara contratos, por lo menos, a DistriLogística, exaltaba sus buenos resultados en la gestión administrativa del Batallón de Servicios N° 4 "Yariguíes" con felicitaciones y reconocimientos en su folio de vida.

El aquí procesado acordó con estos militares que, a cambio de pagar cuentas, entregar elementos y dinero, le adjudicaran contratos, es decir que, según la Fiscalía, los pagos que realizó y los bienes y servicios que entregó no tenían relación con ningún contrato. Resultado de ese acuerdo, García Buitrago pagó cuentas en restaurantes, actividades sociales, facturas de celular, alquiler de bodegas, además suministraba tiquetes aéreos, teléfonos celulares y dinero en efectivo a oficiales y suboficiales de la VII División y la IV Brigada.

¹ Sistema Electrónico de Contratación Pública

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

En la IV Brigada los encargados de pedir dinero y elementos a Samir Fernando García Buitrago fueron, en 2016, el Mayor hoy Teniente Coronel José Gregorio Montañez Acosta, en 2017 el Teniente Coronel Edgar Orlando Castro Malagón, el Capitán hoy Mayor Javier Alfonso Gordillo Celis y el Sargento Primero (r) Wilson Manuel Villota Terán. En la VII División se encargaron de esas solicitudes el coronel Gabriel Marín Peñalosa, el Mayor hoy Teniente Coronel (r) José William González Lozano, el Capitán Jorge Adrián Pilonieta y el Sargento Segundo Luis Guillermo Quijano Parra. Adicionalmente, todos ellos se encargaban de transmitir al Teniente Coronel (r) Harol Felipe Páez Roa, Comandante del Batallón de Servicios N° 4 "Yariguíes", las órdenes de los Comandantes de la VII División y la IV Brigada para que en esa unidad militar adjudicaran al procesado los contratos de cafetería y catering, de esta manera le pagaban las deudas que tenían con él. Tanto en la División como en la Brigada un militar se encargaba de elaborar una relación de los gastos para controlar la deuda, este documento era contrastado con el que elaboraba García Buitrago.

En 2017 por orden del Coronel Juan Carlos Guerra Durán, Jefe del Estado Mayor de la Cuarta Brigada, el Teniente Coronel Edgar Orlando Castro Malagón, Jefe de la Sección Logística, el Capitán hoy Mayor Javier Alfonso Gordillo Celis, el Sargento Primero Wilson Manuel Villota Terán, suboficial de convenios, pidieron a García Buitrago y entregaron mensualmente a Guerra Durán \$5.000.000, dinero que el procesado entregó en seis ocasiones.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. El 22 de julio de 2019 la Fiscalía solicitó orden de captura en contra de Samir Fernando García Buitrago y otras 8 personas más y, el 24 siguiente, el Juzgado 30 Penal Municipal con función de control de garantías legalizó la materialización de las mismas, la Fiscalía formuló imputación en contra de este por los delitos de Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales; el procesado no se allanó a los cargos. Acto seguido se le

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio. El 16 de junio de 2021 se realizó audiencia en la que se amplió la imputación en contra del procesado.

3.2. El 14 de octubre de 2021, la Fiscalía presentó escrito de acusación con preacuerdo que le correspondió por reparto al Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Despacho que programó audiencia para realizar la verificación del mismo.

3.3. El 9 de febrero del año en curso se llevó a cabo audiencia en la que el delegado de la Fiscalía General de la Nación presentó los términos del preacuerdo por medio del cual García Buitrago aceptaba la comisión de todos y cada uno de los delitos por los que fue imputado, a cambio de que la Fiscalía como único beneficio y para efectos punitivos le degrade la participación de los mismos a cómplice.

Concretó el Fiscal que el procesado aceptaba su responsabilidad penal por un concurso heterogéneo como autor del delito de Concierto para delinquir del artículo 340 Código Penal, partícipe en grado de interviniente en 10 Intereses indebidos en la celebración de contratos del artículo 409 *ibídem*, partícipe en 17 Contratos sin el cumplimiento de requisitos legales del artículo 410 *ibídem* y autor de 26 Cohechos por dar u ofrecer del artículo 407. Individualizó las penas para cada uno de ellos, advirtiendo que no se aplicaba el sistema de cuartos, aclaró el Fiscal que partiría de la pena más alta que en este caso consideró sería la de Interés indebido en la celebración de contratos, para imponerle el mínimo establecido en la norma de 48 meses de prisión al cual se le rebaja en la mitad por la complicidad preacordada, para quedar en 24 meses de prisión, y aumentándole “19 meses más por el resto de los delitos” para un total de 43 meses de prisión, la pena de multa se fijó en 1.541.43 SMLMV e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 60 meses.

Advirtió el Fiscal que, conforme al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el acusado no tuvo incremento patrimonial derivado de la ejecución de

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

su conducta, ha colaborado en la desarticulación de la organización delictiva y será testigo de cargo en otros procesos.

Al dársele traslado del preacuerdo a los demás sujetos procesales, el Representante de la víctima manifestó que la tasación punitiva del preacuerdo presentado respeta el principio de legalidad de la pena y, en consecuencia, no se opone a la aprobación del mismo.

Frente a la reparación, tal y como lo indicó el señor Fiscal, resalta que en otro proceso que se adelanta en la Corte Suprema de Justicia contra el General Jorge Arturo Salgado y con ocasión de los hechos relacionados con el señor Samir Fernando García Buitrago, el primero ya reintegró a través de un título de depósito judicial, la suma de \$170.019.029. De igual manera y relacionado con estos mismos hechos, el Coronel Páez Roa también hizo un reintegro a través de un título de depósito judicial por la suma de \$115.000.000. Es decir, con esas sumas de dinero se ha restituido hasta ahora el eventual perjuicio causado y también corresponde al perjuicio que con estas conductas pudo haber cometido el señor García Buitrago respecto del Ejército Nacional.

El delegado del Ministerio Público refirió que en efecto se cumple con el mínimo de prueba que determina la responsabilidad del procesado en los delitos que le fueron imputados. Empero, resalta que en cualquier delito donde se genere un incremento patrimonial de cualquier índole, este debe ser resarcido antes de llegarse a un preacuerdo; en este caso es claro que se han hecho unos reintegros, de ello hicieron énfasis el Fiscal y el Representante de la víctima, pero esos reintegros realizados por dos altos mandos del Ejército corresponden al presunto incremento que ellos obtuvieron, no solo con García Buitrago, sino con los otros contratistas –pues fueron varios-. Considera entonces que no se puede afirmar que esas sumas de \$170.019.029 y \$115.000.000 correspondan solo a lo que presuntamente, con los 17 contratos adjudicados al procesado, se está reintegrando ese dinero.

Para el Procurador, la Fiscalía no ha presentado en debida forma un listado que permita señalar con certeza cuánto de lo que se le dio en contrato al señor García Buitrago se terminó pagando por actividades que no correspondían al

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

contrato, pues el mismo reconoce en su interrogatorio que ningún contrato se cumplió, que simplemente él se dedicó a pagar deudas que habían adquirido esos oficiales como gastos personales que de ninguna manera son parte del contrato. Hay un listado entonces de las cosas que pagó el procesado por esos contratos, pero los contratos no se cumplieron, es decir, él sí obtuvo utilidades por obligaciones contractuales que no cumplió; ahí radica la defensa del patrimonio público pues son dineros que salieron del erario bajo el engaño de ser un contrato para actividades que requerían los miembros del Ejército y que nunca se cumplieron.

Debe establecerse cuánto obtuvo García Buitrago, pues no es lógico que no haya obtenido ningún provecho y, entonces, hay una falencia de la Fiscalía en demostrar el cumplimiento de los requisitos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, pues tiene todos los medios para establecer qué pasó con todo ese dinero del erario público; resalta que los montos de esos 17 contratos no son nimios e incluso se anota que se falsificaron las actas de cumplimiento de entrega y se liquidaron, o sea que fueron dineros que efectivamente salieron del erario y que están cuantificados, es imposible decir que no hay un valor porque sí lo hay, entonces falta determinar cuánto obtuvo el procesado pues obviamente le asistía un interés económico pero también estaba obligado a suplir esas necesidades contractuales con los oficiales del Ejército asumiendo sus gastos personales.

Arguye el delegado del Ministerio Público que todo esto debe ser debidamente cuantificado para establecer cuánto provecho pudo obtener el procesado y que está obligado a devolver; este presupuesto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal no se encuentra plenamente demostrado a efectos de darle aprobación al preacuerdo.

Ahora, frente al principio de legalidad, también resalta que paradójicamente los 4 delitos imputados parten de 48 meses, pero arguye que dentro de cada uno se dan concursos homogéneos y sucesivos por lo que en cada uno debe hacerse un incremento, sin embargo, esto no se encuentra especificado en el preacuerdo, por lo que considera que se presenta una falencia que viola el principio.

Si bien las partes tienen la potestad de fijar la pena, 19 meses parece una cifra irrisoria que en nada acredita la función de la justicia si se tiene en cuenta la cantidad de millones de pesos del Estado que fueron objeto de defraudación. La pena pactada no cumple la función de generar en la sociedad esa prevención de que la justicia está operando e imponiendo penas lógicas y razonables por este tipo de conductas. Arguye que se pactó una pena sumamente baja y ni siquiera se dijo de qué manera o en que proporciones se aumentaban esos 19 meses “por el resto de los delitos”, sin embargo, no parece proporcional ni razonable el aumento si se tiene en cuenta que hay 10 Intereses indebidos en la celebración de contratos, 26 Cohechos y 17 Contratos sin el cumplimiento de requisitos legales.

Así, por la falta de claridad frente a la determinación de la pena pactada, que resquebraja el principio de legalidad y la falta de claridad frente al incremento patrimonial que resquebraja el orden jurídico el Procurador se opone a la aprobación del preacuerdo.

Por su parte, la Defensa del ciudadano procesado coadyuvó el preacuerdo presentado. Respecto del incremento patrimonial advierte que, si bien en este caso se pagaba de manera anticipada el hecho de que se adjudicara a su asistido los contratos, era porque de su ganancia, de su lucro debía pagar ese beneficio por parte de los militares. Anticipadamente lo estaba pagando porque los militares tenían deudas con él, además de ello se daban unos pagos en especie, pero no significa que exista un incremento patrimonial en ese sentido.

Ese punto fue uno de los más analizados por parte de la Fiscalía, el representante de víctimas y la defensa a la hora de realizar el pacto; no puede ser tan volátil la afirmación del Procurador de que hubo un incremento patrimonial y que la Fiscalía debía realizar un cuadro de cuánto es, porque eso no fue lo afirmado ni probado en este caso. No existió incremento patrimonial y entonces este aspecto no es óbice para improbar el preacuerdo.

Frente al monto de la pena, además de la complejidad de este proceso resalta la defensora la ayuda importante que ha prestado su asistido en el

esclarecimiento del mismo, sin que se hubiese desbordado dicha ayuda para aplicar un principio de oportunidad, además, la ley es clara en que en los preacuerdos no se aplica el sistema de cuartos.

El preacuerdo pactado no quebranta garantías fundamentales y es importante recordar la autonomía que tiene la Fiscalía para negociar estas terminaciones anticipadas de los procesos penales. Si bien existen varios delitos en concurso homogéneo y a su vez heterogéneo, no se puede desconocer que también existe autonomía de las partes que ni el legislador ni la jurisprudencia han limitado. Solicita no se acojan los planteamientos del Ministerio Público pues el preacuerdo presentado está revestido de total legalidad, no afecta ninguna garantía fundamental y en consecuencia debe ser aprobado.

3.4. Decisión que se revisa.

Se procede a continuación a transcribir los argumentos esbozados por la primera instancia a efectos de improbar el preacuerdo², ello con el fin de concretar y precisar lo argumentado por el Juez, sin interpretaciones subjetivas de esta Sala, así:

“En atención a que uno de los sujetos procesales o intervinientes, concretamente el señor representante de la Procuraduría hizo algún reparo frente al punto concreto del inciso 2° del artículo 348, dice allí “El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.”, a ello debe ligarse que la Fiscalía debe ceñirse a los postulados de la legalidad, de tipicidad estricta, la transparencia y la lealtad con la administración de justicia.

Entonces el Despacho acá sí tiene que parar ¿? Sobre ese aspecto puntual; y es que a nosotros los Jueces, todos sabemos la presión mediática y obviamente que un Juez no puede actuar porque los medios de comunicación lo censuren, porque debemos sobretodo respetar, hacer respetar y observar la independencia judicial y la autonomía en las decisiones de los Jueces, pero no conto y ello, no en vano ese criterio de aprestigiar la administración de justicia y evitar cuestionamientos. Y por qué el Despacho hace esa observación, porque realmente en ese tiene que acoger el pensamiento del señor representante de la Procuraduría y es que aquí son 53 eventos entre todos los delitos que se le han achacado al señor Samir Fernando García Buitrago. Estamos hablando en concreto de 10 delitos de Interés indebido en la celebración de contratos, de 17 Contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, de 26 Cohechos por dar u ofrecer; yo hice la sumatoria aquí y me da 53 contratos. Entonces si bien es

² Del minuto 24:16 a 33:10 del video de la audiencia.

cierto el artículo 351 indica que “Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”, entonces si bien en principio esos preacuerdos obligan al Juez de conocimiento, no es ello óbice para que no repare asuntos tan puntuales como lo que vamos a señalar en la tarde de hoy.

Entonces, de entrada, uno pensaría que detrás de esos delitos, 53 eventos, también se habla de un dinero bastante considerable que comprometan esos contratos; aquí no existe claridad frente al contenido del artículo 349, si se apoderó o no, aunque la señora representante de la Defensa y así lo pregona igualmente el señor Fiscal dicen –y él es titular de la acción penal– indican que él no se apoderó de dineros. Sin embargo, es lo cierto que hubo una afectación considerable, se esquilmo el Patrimonio Económico. Pero lo que más llama la atención del Juzgado es lo atinente al artículo 31 del Código Penal, la figura cuando estamos de cara a la comisión de varios delitos, el concurso de delitos, porque es que aquí son 53 eventos, y entonces se suman 19 meses, así pues, sin ningún otro tipo de criterio, sin ningún tipo de motivación. Y aunque la ley es clara en indicar que se aumentará un tanto por cada delito sin superar la pena mayor, pues al Despacho sí le llama la atención y le preocupa la pena para 53 delitos atentatorios contra el bien jurídico de la Administración Pública, es bastante considerable.

53 para 19 meses más, me di a la tarea de hacer aquí el ejercicio matemático y me da 0,441 lo que implica menos de 15 días por cada delito, no en un delito de poca monta, no un delito de menor entidad, son delitos atentatorios contra la Administración Pública, donde se ve afectado el patrimonio estatal. Entonces, el Juez tiene que prestarle atención a eso, no puede pasar de lado, soslayar ese tipo de comportamientos, se debe atender la naturaleza del servicio, a la perturbación, el perjuicio que se causó con ese tipo de comportamientos; todos estos aspectos obviamente que comportan un impacto para la Administración de Justicia, que no puede dejar de lado el Despacho.

Y, de otro lado, digamos que, desde el Código General del Proceso, y lo acogen obviamente otras jurisdicciones, otros plexos del derecho, no solamente el derecho civil, sino penal, disciplinario, sancionatorio, allí lo que se ha dicho es que dentro de los fines del proceso esta justamente la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustancial, la búsqueda de la verdad material, la realización material de la justicia; entonces uno sí pensaría de entrada, no me quedo (se congeló esta parte del video-minuto 0:30:39 a 0:30:48) baja sin explicación suficiente sobre cómo operó esa figura del artículo 31 del Código Penal Colombiano, en lo que tiene que ver con el concurso de delitos.

El incremento de 19 meses para 53 eventos, se advierte que no consulta justamente esa realización de la justicia material. Sería eso suficiente entonces para denegar el preacuerdo y no impartir aval al mismo. No es de usanza de este servidor no impartir aval a los preacuerdos, porque justamente debemos atender las finalidades señaladas en el artículo 348 y que este sistema está orientado, esta cimentado justamente en ese derecho premial o negocial, pero es que en asuntos que para el Despacho son bastante significativos, la pena si la advierte el Despacho para una cantidad de delitos tan considerable, muy baja, y eso obviamente me van a decir que eso es potestativo de la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal, que él es el dueño no solamente de la adecuación jurídica de ese comportamiento y la adecuación de las penas, pero el Juez no está siendo aquí en esa audiencia tenido como un convidado de piedra, porque también tiene que entrar a velar sobre ese aspecto, es especial y en eso acogemos el planteamiento del señor representante de la Procuraduría, de alguna manera con que estos preacuerdos no vayan a desprestigiar la

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

administración de justicia y que evitemos de alguna manera los cuestionamientos.”

3.5. Apelación de la Fiscalía General de la Nación.

Solicita se revoque la decisión y se apruebe el preacuerdo. Adujo el Fiscal que al exponer los hechos jurídicamente relevantes se indicó que las personas que se habían apropiado efectivamente de los dineros ya los habían devuelto o se encontraban en proceso de negociación. En atención al principio de legalidad la Fiscalía solo puede preacordar por los delitos que estrictamente se imputaron, en este caso se estableció la forma en que se fijaría la pena para todos y cada uno de los eventos endilgados a García Buitrago, invocando normas aplicables a este tipo de preacuerdos, se detalló cual era el delito que comportaba la pena con mayor punibilidad, se indicó que se tendría como único beneficio la degradación de la responsabilidad a cómplice, se dijo la razón por la cual partiría de las penas mínimas y además se resaltó que desde la imputación se iniciaron una serie de negociaciones en las que incluyen que el Procesado sea testigo de cargos en más procesos que se adelantan contra otras personas por este asunto.

Además, la víctima conoce cuáles son los términos del preacuerdo y se ha logrado justicia (al determinar los comportamientos por los cuales fue imputado García Buitrago), verdad (porque renunció a su derecho a guardar silencio, contó la verdad y ayudó a esclarecer los hechos) y reparación (en el entendido de que, para la Fiscalía, en aplicación del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el procesado no incrementó su patrimonio económico).

Ahora bien, frente al tema del aprestigiamiento de la justicia, en este caso se lograr obtener una sanción efectiva por los 53 delitos, el procesado ayudó a desarticular la banda y servirá de testigo en contra de las demás personas que intervinieron en los hechos jurídicamente relevantes, precisamente el preacuerdo respeta la legalidad y tipicidad en todo momento; no se violó ninguna garantía fundamental de las partes e intervinientes. Solicita se revoque la improbación del preacuerdo y en su lugar se le imparta aprobación al mismo.

3.6. Apelación de la Defensa.

Resaltó que existían otras figuras, como el principio de oportunidad, que no fue aplicado a su asistido a pesar de que la Fiscalía obtuvo todos los beneficios de uno; el Ente Acusador decidió imponerle una pena que incluso es privativa de la libertad, ecuánime y proporcional que además respeta ese aprestigiamiento a la administración de justicia al darle celeridad.

En punto del concurso de conductas punibles, el artículo 31 del Código Penal faculta a dar desde un día hasta un tanto más, razón suficiente para que la Fiscalía optara por imponer menos de 15 días por cada conducta dentro de este asunto. Resulta complejo que el *a quo* considere que se debía imponer una mayor pena a pesar de que el preacuerdo está completamente ajustado a la legalidad, pues esto llevaría a pensar que en los preacuerdos tendría que consultársele al Juez si está de acuerdo con la pena pactada aun cumpliendo con los demás presupuestos para la negociación.

Sobre el incremento patrimonial, la Fiscalía concluyó que el mismo se canceló y pagó por terceros, concluyó además luego de una investigación de años, que su asistido no tuvo incremento patrimonial y fue por ello que se llegó a un preacuerdo en aplicación del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, bajo ese entendido la víctima estuvo de acuerdo con la negociación. Solicita se le imparta aprobación al preacuerdo.

3.7. El Representante de la víctima como sujeto procesal no recurrente resaltó que para la justicia colombiana los hechos génesis de esta investigación han sido de gran relevancia y concurrencia de delitos. La Fiscalía desde hace aproximadamente cinco años ha desarrollado un esfuerzo para sacar adelante todas las investigaciones adelantadas en este asunto. Precisamente por la magnitud de los hechos es que no se accedió por parte de la Fiscalía a la aplicación de un principio de oportunidad optando entonces por las negociaciones, siempre amparadas en los principios de tipicidad y legalidad de la pena.

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

Señaló que en apariencia es una pena bastante benévola la que se preacordó y es por ello que él en representación del Ministerio de Defensa ha querido privilegiar la materialización efectiva de la justicia material, esto es, lograr una condena que haga tránsito a cosa juzgada y que afiance los principios de verdad, justicia y reparación. Frente a esto último, resalta que todo el beneficio económico obtenido con estos hechos estuvo dirigido a los altos mandos militares, que eran los que tenían el poder de disposición sobre toda esta contratación, y estos como se dijo han restituido \$170.019.029 y \$115.000.000, siendo estas las razones para dar por cumplidos los requisitos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal pues quienes percibieron el incremento y se lucraron de ello lo han reintegrado.

Por su parte el delegado del Ministerio Público también como sujeto procesal no recurrente solicitó se confirme la decisión impugnada en tanto razón le asiste al *a quo* cuando señala que en este caso se vulnera el principio de legalidad y los derechos fundamentales que no son solo los del procesado sino también de la víctima y de toda la sociedad.

Resalta que se trata en este caso de una organización que durante algunos años se concertó para esquilmar el patrimonio del Estado en las contrataciones con la IV Brigada y la VII División. Se pretende mostrar que en este caso se reparó -por otros procesados- ese detrimento del Estado, pero ello no es cierto pues lo entregado por ellos corresponde a tan solo una parte, un 10% que estaban obligados a pagar los contratistas para determinar esa adjudicación de contratos, que fue uno de los delitos atribuidos al acá procesado. De los elementos materiales probatorios tales como los interrogatorios rendidos por el procesado se desprende que para otorgársele esa cantidad de contratos él procedió a realizar otras actividades donde en cierta forma los contratos que se hacían era para pagar deudas que él ya tenía con anterioridad, de tal manera que los contratos nunca se ejecutaron, él los “ejecutaba” realizando actividades que ya le habían dado los uniformados asumiendo diferentes pagos de varios tipos de obligaciones en su actividad comercial, que implicaban darles el 10% a esos militares.

El dinero devuelto por los altos mandos corresponde al 10% que sacaban para la aprobación de los contratos, pero, de la lectura de los elementos se establece que muchos de esos contratos no fueron cumplidos pues la adjudicación de estos al procesado se usaba para pagarle lo que ya le debían por los favores por él realizados. Reclama que por lo menos la Fiscalía se esfuerce en tratar de establecer un monto de esos valores, pero no con que simplemente lo afirmen el Fiscal y la defensa de que no hubo incremento cuando los elementos señalan lo contrario, es decir que sí hay forma de demostrar que hubo un incremento patrimonial.

Se desprestigia a la administración de justicia cuando para más de 53 conductas delictivas que se le atribuyeron a García Buitrago se pactó una pena irrisoria y desproporcionada; arguye el Procurador que hay procesos en los que por delitos menos graves que este se imponen penas mucho más altas.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004³.

4.2. Problema jurídico

La Sala determinará si el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado está ajustado a la legalidad para ello deberá determinarse si la Fiscalía demostró que no hubo ningún incremento patrimonial y por tanto no procedía la prohibición del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; y, además, si el preacuerdo desprestigia la administración de justicia.

4.3. Respuesta y solución al problema jurídico

³ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia proferían los **juces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

4.3.1. Aplicación del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Para abordar el análisis de este asunto resulta pertinente fijar el marco teórico respecto de la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la materia. Para ello un referente particularmente útil es la sentencia SP4225, Radicado 51478 del 21 de octubre de 2020, en la cual el máximo Órgano de Cierre indicó:

*“(...) Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en CSJ SP 24 jun. 2020, rad. 52227 con el sentido de unificar la jurisprudencia hizo énfasis en que, **tratándose de los preacuerdos, los fiscales no están facultados para conceder a los procesados beneficios ilimitados...***

*(...) la Corporación enfatizó que **rige el principio de discrecionalidad reglada, pues el Fiscal debe ser riguroso al realizar los juicios de imputación y de acusación a fin de explicar si se trata de la modificación de los cargos o solo de una concesión punitiva:***

*“(...) para establecer el monto de la concesión otorgada **los fiscales deben tener en cuenta**, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) **el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo**, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) **su colaboración para el esclarecimiento de los hechos**, y (v) **el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios***

*La Sala, con criterio mayoritario, en la providencia a la que se ha hecho referencia (52.227), al referirse al beneficio punitivo que la Fiscalía debe otorgar en los preacuerdos por la aceptación de responsabilidad del procesado por el delito cometido, señaló que **debe ser proporcional, esto es, no debe conceder descuentos desmesurados, para ello, se debe tener en cuenta el momento procesal en el que se hace la negociación por las partes, de tal forma que la gracia por readecuación típica, la eliminación de una agravante o la consideración de una disminuyente de punibilidad, no puede resultar superior a ese máximo que se permite dado el estado del proceso en que se hace la negociación, pues se haría desproporcionado**”. (Negrillas de la Sala)*

Es claro que la figura de los preacuerdos tiene como finalidad humanizar la actuación procesal y la pena a efectos de obtener pronta justicia, activar la solución de los conflictos, la reparación integral y lograr la participación del procesado en la definición de su caso. Es por ello que se otorga a las partes la posibilidad de llegar a negociaciones que impliquen la terminación

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

anticipada del proceso, advirtiéndose de un lado que conforme al inciso segundo del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal que, para ello el delegado del Ente Acusador *“al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”* y, del otro, que el artículo 349 *ibídem* establece que *“en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”*.

Pues bien, uno de los motivos por los cuales el *a quo* improbió el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el ciudadano Samir Fernando García Buitrago es porque no quedó completamente claro si el procesado obtuvo o no incremento patrimonial por la comisión de los delitos objeto del preacuerdo pues a pesar de que la Fiscalía y la Defensa afirman que él no se apoderó de dineros, lo cierto es que por esas conductas se causó un serio detrimento al Patrimonio Económico del Estado.

De lo anterior, resulta importante recordar que la norma establece la imposibilidad de realizar negociaciones hasta que se reintegre, por lo menos, la mitad del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente. Este tópico específico resulta neurálgico para esta Sala si se tiene en cuenta que los argumentos de Fiscalía y Defensa –e incluso Representante de la víctima- tanto para solicitar que se aprobara el preacuerdo como para sustentar la alzada, dan a entender cosas diferentes pues se enfatiza en la afirmación de que García Buitrago no obtuvo ningún incremento patrimonial, pero también se destaca que otros procesados –aforados además- por este mismo entramado de corrupción al interior del Ejército Nacional devolvieron una cantidad de millones de pesos por las conductas cometidas por ellos y que, en parte, involucran al aquí procesado. Resulta una contradicción argumentativa decir que no obtuvo incremento patrimonial y al mismo tiempo afirmar que otras personas devolvieron lo ilícitamente obtenido a más de pretender que se tenga como cierto que durante al menos tres años,

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

cometió un gran número de delitos contra la administración pública de los cuales no obtuvo ningún provecho monetario.

Las reglas de la experiencia enseñan que las personas no suelen hacer favores gratis, menos aún si esos favores implican violar la ley, y no solo una vez sino al menos en 54 ocasiones, con 54 conductas punibles; un riesgo de tal magnitud y gravedad no se corre de manera incondicional y sin esperar nada a cambio. Adujo la Defensa que ese punto lo estudiaron muy bien ella y el Fiscal al momento de pactar los términos del preacuerdo, entonces se extraña esta Sala que, a sabiendas de lo delicado y trascendental del tema pretendan acreditarlo con la mera afirmación de que el procesado “*no obtuvo ningún incremento*”. Luego, no suena tan inoportuno lo reclamado por el delegado del Ministerio Público de que se hubiese hecho mayor y mejor precisión en este aspecto, pues lo cierto es que, para esta Sala, al unísono con los planteamientos de éste y del Juez de primera instancia, no está claro si se da cumplimiento o no de lo establecido por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, pues lo cierto es que del análisis del contexto en que se desarrollaron las conductas endilgadas al aquí procesado se colige que estuvieron permeadas por un fin económico, tal y como lo planteó la Fiscalía en la hipótesis fáctica de la imputación.

Arguyó la Defensa que no podía esperarse un cuadro o un listado de las utilidades percibidas por su asistido con esos contratos, pero en el escrito mismo del preacuerdo el delegado de la Fiscalía sí hizo listas de, por ejemplo, los diecisiete contratos que le fueron adjudicados a Samir Fernando García Buitrago sin el cumplimiento de requisitos legales y, si se suman los valores totales de dichos contratos se sobrepasan los \$500.000.000, y eso es solo respecto del aquí procesado, entonces cómo pensar que los \$285.000.000 aproximados, entregados por el General Jorge Arturo Salgado Restrepo y por el Teniente Coronel (r) Harol Felipe Páez Roa a efectos de poder terminar anticipadamente los procesos que se adelantan en contra de estos en la Corte Suprema de Justicia se corresponden con, por lo menos, el 50 por ciento del incremento percibido con las conductas cometidas por varios años por la organización criminal que conformaron el aquí procesado, militares, civiles que trabajaban para el Ejército y otros particulares contratistas, “*con el propósito*

de apropiarse del dinero del Estado a través de la contratación militar” esto último fue afirmado por el Fiscal en por lo menos dos ocasiones, no siendo de recibo entonces que después afirme que García Buitrago no obtuvo ningún incremento cuando precisamente esa era la motivación de realizar las conductas objeto de reproche.

Aunado a lo anterior, para esta Sala resulta imperioso concluir que con las actividades delictuales hoy reprochadas a García Buitrago y con los elementos materiales probatorios allegados, aparentemente, obtuvo un incremento patrimonial, pues, se reitera, las conductas por él cometidas representan un acrecimiento económico en su peculio por cuenta del detrimento económico de las arcas del Estado, pero especialmente y desde el punto de vista de las obligaciones de la Fiscalía General de la Nación frente al Juez que debe tomar la decisión, debió dejar el Fiscal absolutamente claro que no existió incremento en el patrimonio del procesado; como no lo hizo resulta razonable aplicar el requisito contenido en el ya mencionado artículo 349 y, en consecuencia, al no haberse verificado ese requisito de procedibilidad de la negociación presentada, razón le asiste al *a quo* en este aspecto; es decir que, ante la falta de claridad sobre este tópico el preacuerdo no estaba llamado a prosperar pues efectivamente se da la trasgresión de garantías fundamentales siendo preciso entonces acoger la segunda parte del inciso cuarto del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, en tanto los términos de la negociación devienen contrarios a derecho.

4.3.2. De la pena pactada.

El otro motivo del Juez de primera instancia para no aprobar la negociación fue porque tampoco le quedó clara la razón por la que se llegó a una pena tan baja para tantos delitos cometidos por el procesado, resaltando que en virtud de ello se denotaba como exagerado el beneficio otorgado con la negociación pues se pactó una pena desproporcional e irrazonable dada la gravedad de las conductas.

Pues bien, frente a la pena acordada y que tampoco hubo precisión sobre la misma partiremos por advertir que cuando un preacuerdo amerita serios

cuestionamientos por estar en contravía del aprestigiamiento de la administración de justicia y desconocer plenamente la política criminal del Estado de tolerancia cero con los corruptos, trasgrede las finalidades de este tipo de negociaciones consagradas en el artículo 348 *ibídem* y, por ende, habilita el control material del mismo.

Es cierto como lo menciona la Defensa que en virtud del concurso de conductas punibles el “*hasta en otro tanto*” que establece el artículo 31 del Código Penal permite deducir que se puede aumentar incluso un día más por cada conducta punible, sin embargo, considera esta Sala que la imposición de una pena irrisoria y a todas luces desproporcionada por delitos graves que comprenden actos de corrupción al interior de las Fuerzas Armadas, ningún aporte representa frente al aprestigiamiento de la administración de justicia.

Recuérdese que la Fiscalía General de la Nación en la implementación de los preacuerdos actúa dentro del marco de una discrecionalidad reglada, es decir que su facultad no es absoluta y, excepcionalmente, deberá ser controlada por el Juez quien es el llamado a verificar, además del cumplimiento de los presupuestos normativos para la celebración de una negociación, que la misma no vulnere derechos fundamentales de las partes y que con ella se dignifique el concepto de justicia en la sociedad a efectos de proferir decisiones legítimas que tengan buen recibo en la comunidad y que cumplan con el fin de prevención general consagrado en el artículo 4° del Código Penal. Es imperioso que los Jueces en sus actuaciones garanticen la seguridad jurídica y la confianza legítima de los asociados.

Es por ello que para la Sala, en efecto, la pena pactada –en veinticuatro meses- y un aumento injustificado de “*diecinueve meses más por el resto de delitos*” para un total de tres años y medio, resulta a todas luces irrisoria al relacionarla con las cincuenta y cuatro conductas dolosas de quien hizo parte de una organización criminal de militares, civiles y contratistas que tenían como fin apropiarse del dinero del Estado a través de la contratación militar, quien se desempeñó como contratista para el Ejército, a quien se le adjudicaron millonarios contratos sin el lleno de los requisitos para ello y para lo cual entregaba dinero a los altos mandos militares, logrando incluso que

estos de manera anticipada le informaran cuáles serían los requerimientos y cualidades que se buscarían en los oferentes a efectos de que fuera él el seleccionado en las licitaciones que se publicaban.

Y si bien el delegado de la Fiscalía General de la Nación, insistió en que el procesado había aportado información sumamente útil para la investigación y que además serviría de testigo de cargos en los procesos ordinarios adelantados contra quienes no preacordaron, ello de ninguna manera puede justificar tan benévola sanción que lejos de aprestigiar la justicia, como lo demanda el inciso segundo del artículo 348, termina por hacerla objeto de cuestionamientos y crear una lamentable sensación de impunidad en el ciudadano; tan excesivo beneficio por la gran cantidad de conductas punibles cometidas resulta contrario a la necesidad de administrar justicia.

4.3.3. En conclusión y conforme a los planteamientos esbozados en precedencia, resulta imperioso para esta Sala, confirmar la decisión impugnada que improbo el preacuerdo puesto de presente por las partes.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión proferida el pasado 26 de julio por el Juez Dieciocho Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, por medio de la cual **IMPROBÓ** el preacuerdo de la referencia.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra la misma no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

Radicado: 05001-60-00000-2021-00921
Procesado: Samir Fernando García Buitrago
Delitos: Concierto para delinquir, Cohecho por dar u ofrecer, Interés indebido en la celebración de contratos y Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'NELSON SARAY BOTERO', written in a cursive style.

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA', written in a cursive style.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado