



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 005

(Sesión del 20 de enero de 2020)

Radicado: 05-001-60-00206-2014-48012
Procesado: Alexander Foronda Ospina
Delito: Falsedad material en documento público¹ agravado y Falsedad en documento privado²
Asunto: Fiscal y defensor apelan decisión que se abstuvo de verificar la legalidad del preacuerdo
Decisión: Revoca
M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 24 enero de 2020

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauraron el delegado de la Fiscalía y el defensor de Alexander Foronda Ospina, contra decisión del 9 de mayo de 2019, por la cual el Juez Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, se abstuvo de verificar el preacuerdo que celebraron las partes.

2. HECHOS

Con ocasión a denuncias de ciudadanos que sin haber solicitado servicios de telefonía móvil, figuraban como deudores ante las compañías operadoras de

¹ **Artículo 287. Falsedad material en documento público.** El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.

² **Artículo 289. Falsedad en documento privado.** El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses.

este servicio en la ciudad, se estableció que Alexander Foronda Ospina solicitó a nombre de ellas planes telefonía y equipos en los siguientes casos:

- i) El 10 de agosto de 2012 presentó solicitud ante Colombia Móvil S.A. - *Tigo*, a nombre de Isabel Cristina Galeano Palacio con los siguientes documentos: contrato, formato de condiciones, cláusula de permanencia y copia de cédula de ciudadanía.
- ii) El 5 de septiembre de 2012 presentó solicitud en COMCEL S.A -*Claro*, a nombre de Isabel Cristina Galeano Palacio con los siguientes documentos: solicitud y fotocopia de la cédula.
- iii) El 13 de julio de 2011 presentó solicitud en Telefónica Móviles Colombia S.A -*Movistar*- a nombre de Nancy Estela Lara Correa con los siguientes documentos: dos contratos y 2 copias de cédulas.
- iv) El 9 de abril de 2011 presentó solicitud en COMCEL S.A a nombre de Ely Johana Jiménez Misas con los siguientes documentos: contrato y copia de cédula de ciudadanía.
- v) El 23 y 30 de noviembre de 2011 presentó solicitud ante Colombia Móvil S.A. -*Tigo*, a nombre de Maira Liseth Sepúlveda Muñoz con los siguientes documentos en cada evento: contrato, formato de condiciones, cláusula de permanencia y copia de cédula de ciudadanía.
- vi) El 4 de noviembre de 2010 presentó solicitud en COMCEL S.A a nombre de Maira Liseth Sepúlveda Muñoz con los siguientes documentos: contrato y copia de cédula de ciudadanía.
- vii) El 26 de julio de 2007 y 19 de abril de 2009 presentó solicitud en COMCEL S.A -*Claro*, nombre de Nohemí Isabel Quiñonez Durango con los siguientes documentos en cada evento: solicitud y fotocopia de la cédula.
- viii) El 23 de junio de 2009 presentó solicitud en Telefónica Móviles Colombia S.A -*Movistar*- a nombre de Nohemí Isabel Quiñonez Durango con los siguientes documentos: solicitud de servicios y copia de cédula de ciudadanía.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Las audiencias.

El 11 de diciembre de 2018, ante el Juzgado Treinta y Cinco Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad, la Fiscalía General de la Nación por intermedio de su delegado le formuló imputación a Alexander Foronda Ospina por los delitos de Falsedad material en documento público agravado y Falsedad en documento privado.

Como el ciudadano no aceptó los cargos, el delegado presentó escrito de acusación el 28 de febrero de 2019, que por reparto correspondió al Juzgado Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad.

El 9 de mayo del corriente, fecha prevista por el Despacho para adelantar la audiencia de acusación, el delegado de la Fiscalía anunció la celebración de un preacuerdo con el imputado en los siguientes términos: Alexander Foronda Ospina acepta los cargos imputados, dos eventos de Falsedad material en documento público agravado y 8 eventos de falsedad en documento privado, a cambio de que se le imponga la pena conforme a la atemperante del artículo 56 del Código Penal referida a la circunstancia de marginalidad y se le sancione con pena de 18 meses.

3.2. Decisión de primera instancia

El *a quo* argumentó que como en el asunto no se satisfacía materialmente el requisito de procedibilidad referido al reintegro del valor de lo apropiado por el sujeto activo en los términos que establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no era viable verificar la legalidad del preacuerdo.

Para el efecto anotó que, si bien a las personas naturales suplantadas no se les disminuyó su patrimonio, y los perjuicios morales y económicos que padecieron no representaron para el justiciable un incremento patrimonial, no menos cierto es que por las diversas acciones, Alexander Foronda Ospina sí se benefició económicamente y ese beneficio está representado en los teléfonos

móviles que recibió y en los planes de minutos a los que pudo acceder en su momento.

En conclusión, asentó el *a quo*, ante la evidente falta de cumplimiento de uno de los requisitos de procedibilidad que prevé la ley no era posible estudiar la legalidad del preacuerdo.

3.3. Del recurso.

3.3.1. Delegado de la Fiscalía.

En uso de la palabra, el delegado de la Fiscalía anotó que ninguna de las compañías de telefonía, a pesar de conocer la investigación y la actuación que adelanta, se ha hecho presente para reclamar el perjuicio generado por el procesado.

Es decir, si no han considerado que tuvieron detrimento en su patrimonio no se puede hablar de incremento en el patrimonio del imputado representado en los dispositivos móviles o en los minutos. Las compañías no se han hecho presentes, por tanto, no podría darse el incremento en algo tangible como el dinero.

No aplica para el caso, la exigencia del artículo 349 del CPP de acuerdo a la actitud de las compañías de telefonía.

3.3.2. Abogado defensor.

Pidió revocar la decisión de primera instancia de no estudiar de fondo el preacuerdo por ausencia del reintegro del valor apropiado, y que según el funcionario lo representan los celulares y los minutos adquiridos por el procesado, pues como lo aclaró el delegado de la Fiscalía, el incremento patrimonial no está verificado y las compañías de telefonía no se han presentado para establecer ese aspecto a pesar del requerimiento de la Fiscalía General de la Nación.

Radicado: 05-001-60-00206-2014-48012
Procesado: Alexander Foronda Ospina
Delito: Falsedad material en documento público y otros

Si no está verificado el incremento patrimonial y las empresas de telefonía celular que son las directamente perjudicadas no se han manifestado al respecto, esa omisión no puede impedir la celebración del preacuerdo.

Además, las víctimas directas, es decir las personas suplantadas le fueron restablecidos sus derechos.

Si no se establece el valor de lo apropiado, no aplica la exigencia del artículo 349 *ibídem*.

En el caso con radicado 05-001-60-00-206-2013-14938, que comparte unos supuestos fácticos similares a este, el Juez veintidós Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín no avaló el allanamiento por considerar que hubo incremento patrimonial sin reintegro, pero en segunda instancia el Tribunal Superior de Medellín revocó la decisión al considerar que los delitos contra la fe pública en los que incurrió el procesado en ese caso no representó aumento de su patrimonio. Si lo hubo, fue por el delito de Estafa por el que no se allanó. Textualmente en la providencia se dijo:

“(...) realmente, el incremento patrimonial fue producto del engaño efectivo que padecieron las entidades afectadas con las falsedades, esto es, de la estafa; la cual no ha sido atribuida y la responsabilidad de su comisión no se determina de manera consensuada.

Desde luego que no hay duda que las falsedades imputadas fueron medio de comisión de la estafa, en relación directa de medio a fin, por lo que se trata de hechos conexos, lo que implica lógicamente no solo una estrecha relación entre ellos, sino también su contracara, esto es, que se trata de hechos distintos, como lo evidencia que se repriman en concurso. Si se tratara del mismo hecho no podrían pensarse conjuntamente pues se trasgrediría el principio del non bis in idem.

Establecida esta premisa fáctica, resta establecer si el sentido y alcance de lo dispuesto en el artículo 349 del Código Procesal Penal sobre que la expresión “fruto del mismo” para referirse a los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial, incluye también a los delitos conexos.

Atendiendo al tenor literal de la norma, a que se impone su interpretación restringida por limitar el derecho a aceptar cargos y obtener descuentos punitivos y a que su teleología está inspirada en razones de justicia que impone que no se favorezcan con generosas rebajas a los procesados sin restituir o asegurar la restitución del incremento patrimonial obtenido con el delito, juzga el Tribunal que no cabe extender la misma exigencia para la procedencia del allanamiento a los delitos conexos. En efecto, no solo se trataría de una interpretación extensiva en mala parte, puesto que el legislador de quererlo así bien pudo aludir a los delitos conexos sino que con la veda sobre el delito que origina el enriquecimiento se colman los motivos de justicia que fundamentan la norma.

En la misma decisión, el Tribunal citó providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que la corporación al resolver el denominado caso *Lyons* dijo:

“En respuesta a la principal inconformidad planteada por la Contraloría General de la República y por el apoderado de la Gobernación de Córdoba, relativa a que el daño generado con el comportamiento del acusado no es compatible con los compromisos que adquirió para reparar el daño, es pertinente aclarar que el restablecimiento del derecho en torno a la apropiación de los recursos en los términos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación, está teniendo lugar en otro trámite al generarse la ruptura de la unidad procesal cuando el ente persecutor en ejercicio de sus facultades constitucionales, optó por aplicar el principio de oportunidad frente a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, motivo por el que es en aquel trámite en el que deben postularse las inconformidades en torno a la reparación de los perjuicios y la devolución al Estado de los recursos apropiados³”.

Según lo expuesto, la exigencia del reintegro de lo apropiado hace referencia al delito que representó incremento, mas no a los conexos. En el caso sería el delito de Estafa, pero como este punible no fue imputado no es posible jurídicamente exigir el reintegro por los delitos contra la fe pública.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver la alzada según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004⁴.

4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si en el *sub examine* aplica la exigencia del reintegro de lo que representó para el sujeto activo incremento patrimonial, como condición para conocer y estudiar, por parte del *a quo*, el preacuerdo que la Fiscalía General de la Nación celebró con el imputado.

³ SP605-2018, Radicado N. 51341 del veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018). MP Fernando Alberto Castro Caballero

⁴ 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 profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negritas de la Sala de Decisión).

4.3. Valoración y solución al problema jurídico.

El deber de reintegro de que trata el artículo 349 del C.P.P como condición *sine qua non* para la celebración de preacuerdos entre el delegado de la Fiscalía General de la Nación y el procesado, está fundado en la relación directa entre el injusto y el beneficio económico del sujeto activo. No de otra manera puede entenderse la norma cuando dispone: “(...) en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta hubiere obtenido incremento patrimonial fruto del mismo”

Precisamente por esa relación directa entre el delito e incremento patrimonial, en la comisión conjunta de varias conductas punibles no aplica indistintamente la obligación de reintegro cuando el procesado decide aceptar parcialmente los cargos imputados. Corresponde al delegado de la Fiscalía y al operador judicial, verificar de manera cuidadosa y conforme a los elementos materiales probatorios qué hechos punibles fueron los que representaron aumento en el patrimonio del sujeto agente.

Como lo destacó uno de los recurrentes, de este punto se ocupó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia citada, aclarando:

“(...) Se precisó, igualmente, que la restitución dispuesta en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, no es impedimento para avalar el preacuerdo, habida cuenta que el delito de concierto para delinquir es de mera conducta y no obstante que en este caso se concretó el resultado perseguido por la empresa delincuenciales en tanto la apropiación de los recursos públicos se materializó, según el ente acusador, en una cuantía de \$8.950.000.000, tal consecuencia comporta conductas autónomas constitutivas del delito de peculado, hechos por los cuales el acusado está siendo procesado en otra actuación; por tal motivo será en ese trámite en el que se apliquen los mecanismos para obtener la devolución de los recursos del Estado.

En el asunto, según lo revelan los elementos materiales probatorios, aunque el justiciable obtuvo un beneficio económico representado, como mínimo, en los teléfonos móviles que recibió cada vez que adquirió un plan con las compañías prestadoras del servicio de comunicación, ese beneficio o lucro no tiene relación directa con las conductas punibles contra la fe pública que son las que le imputaron, y si bien esos delitos fueron el medio para la defraudación del patrimonio económico de las compañías de telefonía, por esa relación mediata o indirecta con otros hechos que sí le generaron ingresos, no le es oponible la exigencia del artículo 349 del C.P.P, referida al reintegro.

Cuando los hechos que de un lado constituyen una conducta delictiva son diferenciables en circunstancias de tiempo, modo y lugar de otros comportamientos que también son punibles, es necesario establecer de manera aislada y certera, cuáles representaron para el ejecutor un beneficio económico para exigir en este evento el reintegro de lo que obtuvo.

La Sala concluye que: el deber de reintegro, premisa normativa del artículo 349 *ibídem*, se desprende de los hechos punibles que en su ejecución y desarrollo representan un beneficio económico para el sujeto agente. La verificación aislada, como en el asunto, de un lucro por la comisión de varias conductas punibles no es suficiente para exigirle a las partes la carga dispuesta en el artículo 349 cuando optan por terminar el proceso por la vía consensuada.

En este orden de ideas, en tanto los punibles contra el bien jurídico de la Fe pública no fueron los que representaron el incrementaron en el patrimonio del sujeto agente, se revocará la decisión del *a quo*, y atendiendo que el funcionario no verificó la legalidad del preacuerdo, pues el estudio del mismo se agotó en el requisito de procedibilidad, se devolverá la carpeta para que valide si el beneficio otorgado por la Fiscalía General de la Nación al justiciable se ajusta a las previsiones de la ley y si el justiciable acepta la responsabilidad penal y renuncia al derecho al juicio oral y público.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la decisión apelada. Se **ORDENA** devolver la carpeta al juzgado de origen para que continúe el estudio del preacuerdo.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

Por la Secretaría de la Sala se cumplirá la orden.

Radicado: 05-001-60-00206-2014-48012
Procesado: Alexander Foronda Ospina
Delito: Falsedad material en documento público y otros

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado