

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 050016000206201021905
Procesada: Mónica María Jiménez Morales
Delito: Omisión de agente retenedor y recaudador
Asunto: Apelación de Sentencia
Interlocutorio: No. 20 -Aprobada por acta No. 52 de la fecha.
Decisión: Declara nulidad del allanamiento
Lectura: Miércoles, 14 de abril de 2021

Magistrado Ponente
Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se presta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, en contra de la sentencia del 31 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual se condenó a la señora **Mónica María Jiménez Morales**, en calidad de autora del delito de omisión de agente retenedor y recaudador, imponiéndole una pena de treinta (30) meses y dieciocho (18) días de prisión y multa de diecinueve millones trescientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos pesos (\$19.358.400), y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

Los hechos que generaron la presente actuación penal fueron denunciados por la jefe de división jurídica de la DIAN el 9 de diciembre de 2009, quien indicó que la señora **Mónica María Jiménez Morales** presentó declaraciones tributarias a nombre propio, pero no pagó los valores retenidos al Estado.

La denunciante indicó que las declaraciones presentadas y no pagadas lo eran todas por concepto de ventas, por los periodos 6¹ del año 2007 y 1², 4³ y 6⁴ del año 2008, todo por valor de \$16.132.000.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 28 de enero de 2020 ante el Juzgado 29 Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías, la Fiscalía le formuló imputación a la señora **Mónica María Jiménez Morales** por el punible de omisión de agente retenedor y recaudador (artículos 402 del C.P.), cargo que no fue aceptado por esta ciudadana.

El 25 de marzo de 2020, la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual correspondió por reparto al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, despacho judicial que avocó conocimiento el 8 de mayo de la misma anualidad y dispuso darle el trámite previsto en los artículos 338 del C.P.P., fijando como fecha para la celebración de la audiencia el 5 de agosto de 2020, fecha en la cual, la ciudadana acusada manifestó aceptar los cargos.

¹ Impuesto \$7.326.000 con fecha del 11/01/2008.

² Impuesto \$883.000 con fecha del 10/03/2008.

³ Impuesto \$583.000 con fecha del 08/09/2008.

⁴ Impuesto \$7.340.000 con fecha del 13/01/2009.

El 31 de agosto de 2020 se realizó la audiencia de individualización de la pena y se emitió sentencia de carácter condenatorio en contra de **Mónica María Jiménez Morales** y frente a la misma, el representante de la víctima interpuso el recurso de apelación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Consideró el juez viable aceptar el allanamiento a cargos presentado por la procesada como quiera que pudo constatar que ese acto fue libre, consiente y voluntario y, adicional a ello, el Ente Acusador le presentó elementos de juicio con los que pudo deducir la responsabilidad de la señora **Mónica María Jiménez Morales** en relación con las declaraciones que presentó sin pago de impuestos sobre ventas durante 4 periodos en los años 2007 y 2008.

Señaló que por haberse allanado la procesada en la etapa de acusación procedería el descuento del 40%, la cual concedió pese a que el apoderado de la víctima le solicitó no se concediera la misma porque no se había dado el reintegro por parte de la señora **Mónica María** de conformidad con el artículo 349 procesal, pues consideró que no era aplicable tal exigencia en este asunto y por ello se apartaba de la línea que al respecto tiene la Corte Suprema de Justicia, por lo siguiente:

Adujo que exigir la aplicación del canon 349 del CPP para los allanamientos y no solo para los preacuerdos, figura dentro de la cual se creó esa disposición, fue una cuestión que aún no es pacífica, y de hecho la adoptó la Corte Suprema de Justicia a partir del radicado SP14496-2017 al abordar un caso de trascendencia Nacional que implicó multimillonaria corrupción sobre bienes del Estado (caso Nule) y en donde consideró que la aceptación unilateral de cargos, es una forma de preacuerdo y por ende, quien acepte los cargos

habiendo obtenido incremento patrimonial a causa de la comisión de la conducta punible, para que tenga derecho a la rebaja punitiva, deberá reintegrar por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de ese incremento patrimonial y garantizar el reintegro de lo restante.

Advirtió que el caso planteado en esa decisión de la Corte no es similar al que ahora ocupa su atención, pues en aquella oportunidad se trató de asunto de connotación nacional donde se juzgaba un reato con cifras muy elevadas que representaban hechos de corrupción, mientras que en el presente caso se trata de una mujer vendedora, bachiller que en su actividad comercial omitió pagar a la DIAN en el año 2007 y 2008 la suma total de \$16'132.000, aceptando los cargos 12 años después por carencia de recursos para afrontar la deuda.

Adicional consideró que este último criterio de la Corte, incluso, desconoce su propia postura anterior, la que traía desde el año 2006, pero, además, la actual, no es unánime porque en providencia del mes de agosto del año 2020 radicado 56254, se presentó un salvamento de voto, que propendía porque no se pueda unificar los preacuerdos a los allanamientos.

También señaló que ese criterio actual no es aplicable al presente caso, porque empezó a operar mucho después que ocurrieran los hechos ahora juzgados y que, si bien la aceptación de los mismos tan solo se dio en el año 2020, fue porque la Fiscalía tardó demasiado en iniciar la acción penal, pues de lo contrario esa aceptación se hubiera dado antes.

Consideró que el equiparar los allanamientos a los preacuerdos desconoce sentencias de constitucionalidad, concretamente la C-303 de 2013, donde la Corte al analizar la exequibilidad de los artículos 288, 356 y 367 hizo una diferenciación entre estas dos figuras procesales, entendiendo estos últimos

como una aceptación condicionada de los cargos que, lógicamente tendría que producir efectos diversos a los de la aceptación incondicional.

Dice que, en razón de los principios de legalidad, estricta tipicidad, interpretación restrictiva y favorable, prohibición de analogía *in malam partem* e interpretación *pro homine*, ha decidido apartarse del criterio de la Corte, que de aplicarlo conllevaría interpretaciones extensivas desfavorables para el procesado, lo que, a su vez, obstaculizaría los derechos consagrados en el artículo 8L.

Señaló que condicionar el reintegro a la rebaja de pena implica anular los derechos del procesado, mientras que los derechos de la víctima persisten porque tiene a su disposición, luego de la sentencia condenatoria, el incidente de reparación.

Y, adujo, que si lo anterior no fuera suficiente para apartarse del precedente de la Corte, debe advertirse que exigir el reintegro en este caso para otorgar la rebaja derivaría en una consecuencia absurda, porque el delito ahora juzgado es susceptible de extinción de la acción penal por pago. Por tanto, si se exige el reintegro, la conclusión ni siquiera sería aceptar el allanamiento sino cesar la acción penal, lo que significa que estaría prohibido terminar anticipadamente el proceso, lo que vuelve a estar en contravía del principio rector del artículo 8L.

En consecuencia, el *a quo* desconoció el criterio de la Corte Suprema de Justicia y optó por reconocerle a la señora **Mónica María Jiménez Moreno** la rebaja del 40% de la pena por haberse allanado a los cargos en la audiencia de formulación de acusación.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

4.1. Representante de la víctima

Manifestó el apoderado judicial de la DIAN estar inconforme con la decisión del juez *a quo* únicamente en relación con el descuento punitivo concedido a la señora **Mónica María Jiménez Morales** del 40% sobre la pena mínima que señaló el legislador para el delito de omisión de agente retenedor y recaudador, pues advierte que para haberle concedido esa rebaja, la citada ciudadana tuvo que reintegrar el 50% de incremento patrimonial percibido y garantizar el pago del otro 50%.

Señaló que el criterio del juez fue que el reintegro patrimonial solo se puede exigir respecto de conductas que tengan gran impacto social y donde el incremento patrimonial sea excesivo, olvidando que en este caso los dineros de los que se apropió la condenada, son públicos, pertenecen al Estado porque esta cometió el delito cuando fungía como servidora pública.

Considera que el funcionario de primera instancia desconoció que el precedente jurisprudencial sentando por la Corte en la decisión SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017 ha venido siendo reiterado, no es aislado y se encuentra vigente, siendo esta decisión donde precisamente la Corte sentó una variación de su criterio inicial a través de una argumentación clara; por manera que no puede ser una razón para desconocerlo el hecho de que el funcionario de primer grado considere que ese criterio no compagina con la anterior postura de la misma Corporación, esto es, la que tuvo entre los años 2008 y 2017, de la cual hace un breve exordio para concluir que ese cambio quedó suficientemente claro para todos los juristas.

Precisó errada la decisión del juez de primera instancia por advertir que, según la actual y vigente posición jurisprudencial, le era obligatorio exigirle a la procesada el reintegro para conceder una rebaja por el allanamiento a cargos, en tanto otorgarle algún descuento sin el aludido reintegro no consulta los derechos de las víctimas y desatiende el precedente judicial que le era de obligatorio acatamiento al juez.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión de primera instancia, para que en su lugar se exija a la procesada el reintegro patrimonial antes aludido.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por el representante de la víctima en contra de la sentencia del Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos.

Dados los planteamientos hechos en la sentencia de primera instancia y el reparo a esta por parte del representante de víctimas el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Es jurídicamente admisible no aplicar la condición establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 al caso de allanamiento a cargos, y con ello desacatar

el actual precedente de la Sala de Casación Penal vertido a partir de la sentencia SP-144496 de 2017, bajo el entendido que esta figura procesal es totalmente diferente a la de los preacuerdos, por tanto se rigen por reglas diferentes, y en salvaguarda de garantías fundamentales del procesado, especialmente las previstas en el artículo 8-L *idem*?

Para la solución del caso, en primer lugar, se hará un breve exordio sobre la vinculatoriedad del precedente en nuestro ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, se hará un análisis sistemático de la figura consagrada en el artículo 349 procesal

5.2 La vinculatoriedad del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano.

A pesar de que siempre nos hemos regido por un sistema normativo legislado, de mucho tiempo atrás ha hecho carrera, con sólida y pacífica jurisprudencia de todos las Cortes de Cierre, la regla general de que sus precedentes son de obligatorio cumplimiento para todos los demás operadores jurídicos y comunidad en general a efectos de preservar principios muy caros a los Estados Constitucionales de Derecho como son la igualdad y la seguridad jurídica; sin embargo, esa misma doctrina explica que para preservar, de igual manera, la autonomía e independencia de los jueces, que es otro principio y valor constitucional, es posible que esos mismos operadores jurídicos se puedan apartar del precedente a condición, entre otras hipótesis, de que se expliciten los argumentos del mismo y se den solidas razones para no compartirlos⁵.

⁵ Corte Constitucional, rads. C-836-2001, SU-479 de 2019, entre otras muchas más.

En este sentido la carga argumentativa de quien decide apartarse del precedente es muy grande y por obvias razones en este caso no se incluyen las sentencias de constitucionalidad.

Entonces, teniendo claro que las decisiones de las altas Cortes constituyen precedente judicial que debe ser acatado por los jueces de inferior jerarquía, pero que, excepcionalmente puede haber un apartamiento justificado de las mismas, la Sala analizará de fondo el asunto de la aplicabilidad del artículo 349 procesal para determinar a continuación que tan sólidas son las razones que trajo el *a quo* para apartarse del vigente precedente jurisprudencial de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

5.3. El campo de aplicabilidad del artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Harto se ha discutido en los estrados judiciales acerca de si esta norma solo se debe aplicar a los preacuerdos como textualmente lo prescribe la misma o si su campo de acción también cubre a los allanamientos. Para tomar una postura al respecto, es importante hacer un análisis sistémico, teleológico y constitucional de la institución procesal de los preacuerdos y negociaciones en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es cierto que existen diferencias sustanciales entre la justicia premial y la contenciosa, como quiera que tienen ritualidades y consecuencias punitivas diferentes, pues la primera está sometida a un procedimiento muy abreviado, debido a la renuncia por parte del procesado al juicio oral, y las penas que emergen de su aplicación son sustancialmente más benévolas que en la justicia contenciosa, precisamente debido a la colaboración que prestan los acusados a la Administración de Justicia, a través de los allanamientos a cargos o preacuerdos, para finiquitar prontamente el proceso.

No obstante lo anterior, ello no implica que los dos procesos, el consensual y el contencioso, sean en un todo diferentes y que se rijan por principios y valores diversos y hasta contrarios, porque los dos al ser partes de un solo modelo de justicia, la ordinaria, comparten en mucho la principalística y la axiología que lo irradian:

En los dos sistemas, por ejemplo, el respeto irrestricto a garantías y derechos fundamentales para las partes e intervinientes es un derrotero insoslayable: la dignidad humana y los demás derechos fundamentales (art. 1, 10, 14 C.P.P.), la libertad del procesado como regla general (art. 2 idem), la igualdad (art. 4 idem), la imparcialidad (art. 5), el principio de legalidad (art. 6), la favorabilidad (art. 6) la presunción de inocencia (art. 7), el derecho de defensa material y técnica (art. 8), la publicidad (art. 18), el juez natural (art. 19), la cosa juzgada (art. 21), el restablecimiento del derecho y/o la reparación de víctimas (art. 22) la cláusula de exclusión probatoria (art. 23), la prevalencia de las normas rectoras (art. 25) y los moduladores de la actividad procesal (art. 27), entre otros.

Vistas así las cosas, es claro concluir que son más las similitudes entre los dos procesos que sus diferencias, si se tiene en cuenta, además, que tanto el proceso contencioso como el consensuado son herramientas de control social, que tienen entre sus fines declarados proteger los bienes jurídicos más caros a la sociedad a través de la sanción, generalmente cárcel, a los transgresores de la ley o la solución del conflicto mediante la utilización de herramientas de justicia restaurativa⁶

⁶ Ley 906 de 2004, arts. 518 y siguientes

¿En qué radica, entonces, la diferencia entre estos dos modelos? Simple: a pesar de que tanto en el sistema de justicia negociada como en el de justicia contenciosa se deben respetar en mayor o menor medida los principios antes enunciados, el contraste sustancial está en la posición que asume el procesado: en la justicia contenciosa se parte de una asunción de inocencia de parte del acusado, la cual lo acompañará durante todo el juicio, lo que implica que la parte acusadora tiene la carga de derruir probatoriamente tal estado más allá de cualquier duda razonable, por lo que todas las garantías procesales antes enunciadas, y otras más, se deben efectivizar al máximo.

En cambio, en el modelo abreviado o consensual, se parte de la aceptación de responsabilidad por parte del procesado, aceptación que puede ser unilateral e incondicionada (allanamiento a cargos) o bilateral condicionada (preacuerdos o negociaciones). Ese hecho permite flexibilizar algunas garantías procesales para lograr el fin propuesto, que no sería otro que el de agilizar la respuesta punitiva del Estado frente a la transgresión de la ley.

Ciertamente en este segundo sistema algunas garantías y principios se relativizan para permitir las negociaciones, por lo que es posible que a raíz de una aceptación unilateral de cargos se obtenga una rebaja tarifada de la sanción original⁷ o que mediante acuerdo entre la parte acusadora y la acusada, esta acepte su responsabilidad en el hecho endilgado a cambio de que aquella elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras disminuir la pena⁸.

Como resulta evidente, en estos casos existe *prima facie* la flexibilización, más no la anulación, de por lo menos dos principios: de un lado, el de presunción

⁷ Arts. 351, 356, y 367 de la Ley 906 de 2004

⁸ Art. 350 *idem*

de inocencia, porque para condenar no se requiere plena prueba de la materialidad del delito y de la responsabilidad del procesado, sino solo de una mínima y sumaria sobre estas cuestiones, y, de otro, el de legalidad, como quiera que se puede pactar beneficios asociados a una tipificación más benigna, que ciertamente puede contrariar parcialmente la realidad de los hechos, o una pena menos severa en términos de cantidad o calidad (ejecutabilidad), siempre y cuando lo uno o lo otro no desborde unos mínimos legales⁹.

Sin que la Sala se adentre en la discusión sobre la naturaleza jurídica de los principios, la cual es bien álgida tanto en la doctrina¹⁰ como en la jurisprudencia, partiremos de la premisa de que los artículos 8-L y 348 procesales son principios rectores de la justicia premial, aunque no los únicos como se acaba de ver; si se tiene en cuenta su amplio espectro de aplicación, su carácter programático o de directriz, o bien por considerárseles mandatos de optimización. Se evita el debate señalado porque como se verá más adelante, el mismo no es necesario para resolver el problema jurídico aquí planteado.

El literal L del artículo 8 procesal prescribe que para que la aceptación de responsabilidad -unilateral o bilateral- sea válida, la misma debe ser libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con plena asistencia y asesoría del procesado por parte de un abogado.

⁹ Cfr. CSJ. Rads 42184 del 15 de octubre de 2014, 40871 de 2014, 31531 del 8 de agosto de 2009, 31280 del 8 de agosto de 2009 y Corte Constitucional, Rads. C-059 de 2010, C- 1260 de 2005

¹⁰ Para una aproximación al debate: Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa* (5); Atienza, M. & Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, (10); Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel y Hart, H. (1990). *El concepto de derecho*. G. Carrió (trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Por su parte, el artículo 348 como norma programática que es, relaciona cinco fines específicos que se deben tener en cuenta al momento de adelantar un proceso de justicia consensual. Estos son:

1.) Toda negociación debe tener como finalidad la humanización del proceso, bajo el entendido que tanto los procesados como las víctimas, son personas inmersas en medio de una gran tragedia. Los unos por estar ante la posible privación de su libertad y la estigmatización social, entre otras muchas cosas, y las otras porque injustamente se han visto afectadas, de manera directa o indirecta en sus derechos.

2.) El gran objetivo de la justicia premial debe ser la obtención de pronta y cumplida justicia, en consideración al triste, pero real, apotegma de que justicia tardía ya no es justicia.

3.) La justicia premial, en un modelo democrático como el nuestro, debe dentro de lo posible buscar la participación de todos los involucrados en el conflicto penal; esto es, los procesados y las víctimas, en la solución del conflicto, para que la respuesta estatal obtenida sea lo más legítima y adecuada posible.¹¹

4.) Como quiera que el delito, en la mayoría de las veces, se traduce en la violación o vulneración del derecho de personas, la reparación de las víctimas tiene que ser uno de los objetivos principales a tener en cuenta si se quiere solucionar de verdad el conflicto.¹²

5.) La finalidad si es agilizar el proceso; pero con el sumo cuidado de no desprestigiar a la Administración de Justicia y evitar su

¹¹ Cfr. Sentencia C-516 de 2007

¹² Cfr. Sentencias C-228 de 2002 y C-209 de 2007

cuestionamiento, para lo cual los fiscales deberán seguir con estrictez las Directivas del Fiscal General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal.

En conclusión, las notas características de un modelo de justicia premial son: primero: la brevedad del proceso por la renuncia al juicio por parte del acusado; segundo, que dicha renuncia al juicio es libre, consciente, informada y debidamente asesorada; tercero, se flexibiliza esencialmente los principios de presunción de inocencia y de legalidad y, cuarto, se deben tener en cuenta las finalidades establecidas en el artículo 348, como son la humanización del proceso, intervención de los involucrados en la solución del conflicto, reparación de las víctimas y el celo por el aprestigiamiento de la Administración de Justicia.

Esos son los rasgos esenciales y distintivos del modelo de justicia consensual que diseñó el legislador; pero ello de ninguna manera puede indicar que sean los únicos estándares por lo que se rige este modelo de justicia; porque, tal como ya se señaló, este también se nutre de muchos principios del proceso contencioso con tal de que no sean incompatibles con su estructura, naturaleza y teleología. Ahí en esencia está descrito el debido proceso para este proceso abreviado.

Si esto es así, resulta evidente, entonces, que el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 no contraviene de ninguna manera la filosofía ni la principalística de la justicia premial, ni menos va en contravía de los principios rectores contenidos en los artículos 8-L y 348 del mismo estatuto y menos de la normativa constitucional, como se analizará a continuación:

El citado artículo 349, tal como se dejó lo suficientemente aclarado en la sentencia C-059 de 2010, que lo declaró exequible, no es una norma que haya

sido creada directamente para lograr la reparación de las víctimas, sino que fue producto de una estrategia de política criminal dirigida a evitar que a través de la justicia consensual quienes se hayan lucrado económicamente de un delito, se beneficien con importantes rebajas de pena sin haber devuelto lo ilícitamente obtenido.

Esto antes que violentar este sistema de justicia penal o ir en contra de sus postulados básicos lo que hace es materializar un principio general del derecho consistente en que el delito nunca puede ser fuente de derechos y obligaciones que en nuestra Carta Política viene inserto en los artículos 2 y 58. Claro, si se permite que una persona que obtuvo un incremento patrimonial a raíz de la comisión de un ilícito obtenga sustanciales rebajas de pena sin devolver el patrimonio ilícito conseguido, lo que estaría haciendo es patrocinar al delito como fuente de enriquecimiento lo cual es un despropósito desde cualquier punto de vista.

Es cierto que rasgos importantes de la justicia premial se encuentran en los citados artículos 8-L y 348; pero de ninguna manera se puede decir que estas dos normas sean los únicos principios que irradian este modelo, tal como ya se advirtió, porque son muchas las normas, tanto de orden legal como constitucional, que lo nutren. Por tanto, el artículo 349 no puede ser interpretado de manera aislada ni solo en referencia a las dos normas principales antes referidas, sino que tiene que verse como otro más de los instrumentos de política criminal insertos en la justicia negociada, justicia que por sumaria y breve que aparezca no puede dejar de lado la mayoría de principios que rigen a toda la justicia ordinaria como son, por ejemplo, la prevención general y especial de la pena, la protección de bienes jurídicos, la salvaguarda de las garantías de todos los intervinientes en el proceso, el principio de necesidad y proporcionalidad de la pena, la reparación del daño a

la víctima, la verdad, la justicia material y el citado principio de que el delito nunca puede ser fuente de enriquecimiento.

Pero si en gracia de discusión se partiera del hecho de que los artículos 8-L y 348 son por excelencia los referentes axiológicos y principales de la justicia negociada, tampoco esto afectaría la validez del artículo 349, de un lado, porque no entra en contradicción ni siquiera aparente con los contenidos de aquellas normas¹³ y por el contrario afianza varias finalidades del artículo 348: promueve una justicia una justicia material y no solamente formal al impedir enriquecimientos ilícitos, lo cual implica a su vez la evitación del desprestigio de la Administración de Justicia y garantiza eventualmente, así sea de manera indirecta, la reparación del daño a las víctimas.

Por último, es muy importante resaltar el hecho de que para la Corte Constitucional el legislador está plenamente facultado para restringir o incluso prohibir la celebración de preacuerdos en determinadas circunstancias¹⁴, máxime cuando haya razones de orden principal y constitucional, como pasa claramente con el artículo 349, que no es otra que una talanquera para el enriquecimiento ilícito del infractor de la ley penal que ha usado el delito como vía para obtener indebidos incrementos patrimoniales.

Es cierto que esto es una traba para la justicia negocial, eso es indudable; pero es una traba legítima que cumple fines legales y constitucionales, tal como se acaba de ver. La justicia consensuada es muy importante para la solución pronta de los conflictos penales y la descongestión de los Despachos judiciales, además de otra serie de beneficios; pero eso no significa que por cumplir tales

¹³ La primera de las normas simplemente tiene que ver con las condiciones en que resulta válida una aceptación anticipada de responsabilidad del procesado y la segunda con algunas finalidades de la justicia negociada como son la humanización del proceso, una pronta y cumplida justicia, la participación de los involucrados en la solución del conflicto y el aprestigiamiento de la Administración de Justicia

¹⁴ C-059 de 2010, pag. 38

cometidos se deje de lado o, peor aún, se contravenga la esencia o la razón de ser de la justicia en un Estado Social y Constitucional de Derecho. No se puede olvidar que la justicia consensual es una parte de todo el engranaje del sistema justicia y por tanto no puede resultar disfuncional a él.

En ese orden de ideas, resulta inadmisibile dejar de aplicar el artículo 349 procesal, con base en el artículo 26, por cuanto este no contraviene sino, por el contrario, promociona los contenidos del artículo 348.

La pregunta que viene a continuación es la siguiente: ¿el condicionamiento del multicitado artículo 349 solo es para los preacuerdos, como se podría deducir de la interpretación literal de su texto, o incluye también los allanamientos?

Tal norma establece que en aquellos eventos en los que con la comisión de la conducta punible se obtenga un incremento patrimonial, será necesario que el procesado reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido. La norma en cita reza:

Artículo 349. Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. 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. (negrillas fuera de texto)

Respecto de la aplicación de esta regla no solo a los acuerdos sino también a los allanamientos, la Corte Suprema de Justicia ha tenido una cambiante posición, pues en un principio al considerar que las dos figuras hacían parte de un mismo conjunto y por tanto compartían rasgos comunes estableció que la

limitante del art. 349 se aplicaba por igual a los dos mecanismos¹⁵, pero luego al asumir que eran institutos procesales disimiles, concluyó, con una interpretación exegética de la norma, que la referida condicionante solo era predicable para los acuerdos¹⁶.

No obstante, con posterioridad tal criterio se varió nuevamente y fue en la sentencia con radicado número 39.831 de 2017¹⁷ donde la Corte volvió a su postura anterior al considerar que no podía darse diferencia entre allanamiento a cargos y preacuerdos para efectos de la exigencia del reintegro del 50% del incremento patrimonial percibido con el delito, como presupuesto de aceptación del mismo, pues la razón de ser de ese reintegro era otro.

El análisis de la esa Corporación se dio de la siguiente manera:

“4.- No obstante lo anterior, como resultado de reestudiar el tema, la Sala concluye que indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*», sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «*acuerdo*» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia

¹⁵ Radicados 21954 y 21.347

¹⁶ Radicados 25.306, 31.063, 34829, 36502, 40.174

¹⁷ Sentencia SP14496-2017

procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En este sentido la Corte recoge la tesis contraria hasta ahora sostenida y reiterada a partir del pronunciamiento proferido por decisión de mayoría CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306, y ratifica la sentada primigeniamente (cfr. CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954 y CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347) con todas las consecuencias que de ella se derivan (CSJ SP 4 May 2006, Rad. 24531 y CSJ SP 23 May 2006, Rad. 25300).

En tal medida, a partir de ahora, de nuevo, conforme se precisó por la Corte (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347), ha de entenderse que

“...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibídem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible».”

Esta nueva postura ya no es única, pues ha sido reiterada en otras decisiones posteriores¹⁸ en donde se fortalece la misma y se deja claro que cuando el delito hubiera servido para incrementar el patrimonio del procesado, sea cual fuere su cantidad, tendrá que aplicarse el artículo 349 si se quiere dar terminación anticipada al proceso y que esa terminación represente algún beneficio para el procesado.

Advierte la Sala que esta última interpretación que ahora defiende la Corte es la que más se aviene a todo nuestro sistema de justicia, pues no patrocina enriquecimientos ilícitos y por el contrario promociona los valores justicia,

¹⁸ AP4884-2019, AP1704-2020 y AP1906-2020

equidad y los principios de proporcionalidad y reparación, dejando de lado la distinción superficial entre preacuerdos y allanamientos, pues si bien es cierto existe diferencia entre ellos en tanto los primeros son bilaterales y los segundos, unilaterales, es lo cierto que ambos son modalidades de negociación procesal y a su vez mecanismos de justicia premial que se rigen por los mismos principios, entre esos la proscripción del delito como fuente de riqueza

Por todas las razones anteriores, esta Sala acoge de manera irrestricta el precedente vigente y consolidado de la Sala de Casación Penal. En consecuencia, el artículo 349 es aplicable tanto a los preacuerdos como a los allanamientos a cargos.

5.3. Análisis del caso concreto

En las presentes diligencias a la señora **Mónica María Jiménez Morales** se le formuló imputación y acusó por el delito de omisión de agente retenedor y recaudador, como quiera que en la actividad que desarrollaba como comerciante, en los años 2007 y 2008, presentó declaraciones de impuestos a las ventas por valor de \$16.132.000 correspondiente a 4 periodos, pero dichos rubros nunca fueron cancelados a la DIAN como era su obligación.

Al momento de celebrarse la audiencia de acusación, de manera voluntaria, libre y debidamente asesorada por su defensor, la procesada manifestó querer aceptar de manera anticipada su responsabilidad, por lo que el juez procedió a verificar dicho acto de voluntad y para ello le expuso los cargos por los que se le acusaba y le explicó las consecuencias de su decisión. Así se expresó el juez:

...la consecuencia es que se dicta una sentencia condenatoria en su contra y eso se puede tener como un beneficio en favor suyo. En este caso habría que analizar, y de ello parte la asesoría de su defensor, si es procedente alguna rebaja en tanto no existe un reintegro y principalmente porque los hechos son anteriores a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que equipara los allanamientos a los preacuerdos, pero es posible entonces que exista una rebaja en favor suyo por aceptar esos cargos, pero la consecuencia directa es que se va a emitir una sentencia condenatoria en contra suya. Le pregunto si ¿usted me entendió lo que le acabo de manifestar?...¹⁹

Al momento de que se le concediera la palabra a las partes para que hicieran sus manifestaciones en relación con esa aceptación de cargos que hizo la procesada, la Fiscalía no indicó nada al respecto, mientras que el representante de la víctima sí le solicitó al juez que le advirtiera a la procesada de la obligación que le asistía de reintegrar el valor de su incremento patrimonial y, finalmente el representante del Ministerio Público manifestó que para tal pretensión de reintegro, tenía la DIAN el escenario del incidente de reparación integral. Sin más, el juez aprobó el allanamiento.

Luego, emitió sentencia condenatoria concediéndole a la procesada la rebaja del 40% por el allanamiento a cargos, indicando desconocer o inaplicar la jurisprudencia que regula lo atinente al reintegro del incremento patrimonial, para lo que explicitó las razones jurídicas y fácticas que para ello tenía.

Para resolver este asunto, lo primero que debe precisarse es que tal y como se vio en la parte general de este proveído, el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que prohíja la obligatoriedad de aplicar el contenido del artículo 349 del CPP tanto en los allanamientos como en los preacuerdos, es de obligatorio acatamiento para los funcionarios judiciales²⁰; no obstante, también es posible que estos puedan dejar de aplicar dicha línea jurisprudencial, siempre y cuando tengan razones de mayor valía que las que

¹⁹ Entre los minutos 00:13:50 y 00:15:00 de la audiencia del 5 de agosto de 2020

²⁰ sentencia C-836 de 2001

ha venido planteando la Sala de Casación en sus últimas decisiones, lo que de por sí implica una carga argumentativa suma, donde tendrá que explicitarse con fundamentos de hecho y de derecho, incluso de rango constitucional, por qué no se debe aplicar el criterio jurisprudencial.

En este caso el juez para apartarse de la regulación que hace la Corte Suprema de Justicia en relación con el incremento patrimonial en materia de preacuerdos, manifestó poder desconocerla por estas razones: *i)* La Corte no tiene una posición jurisprudencial pacífica al respecto *ii)* Este caso no representa ni de lejos un evento de gran corrupción, *iii)* La jurisprudencia vigente al momento de cometerse el hecho no exigía para el caso de los allanamientos la aplicación del artículo 349 procesal, *iv)* Asimilar los preacuerdos a los allanamientos no solo va en contra de la naturaleza de estas dos figuras, sino en contravía de la sentencia C-303 de 2013 en donde la Corte Constitucional si hizo tal diferenciación, *v)* Aplicar el actual precedente de la Sala de Casación Penal contraría los principios de legalidad, tipicidad estricta, interpretación restrictiva favorable y prohibición de analogía *in malam partem*, *vi)* Aplicar el artículo 349 a los allanamientos afecta los derechos del procesado consagrados en el artículo 8L y le anula una serie de garantías procesales mientras que los derechos de las víctimas se mantienen incólumes porque tiene a su disposición el incidente de reparación integral y *vii)* Acatar el precedente lleva al absurdo de que en esta clase de delitos no se pueda aplicar mecanismos de justicia negocial porque si se devuelve lo ilícitamente apropiado se extingue de por sí la acción penal.

Para resolver el asunto la Sala comenzara por decir que en su gran mayoría no se comparte las consideraciones que vertió el juez *a quo* en la sentencia como fundamento para apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación en el reintegro patrimonial en los preacuerdos, por lo siguiente:

Viene haciendo carrera en la Administración de Justicia la usanza de los operadores judiciales de revisar la línea jurisprudencial que la respectiva Corte de Cierre tenga sobre un tema y si ha tenido variaciones o posiciones encontradas tomar ello como argumento basilar o, incluso, único para desconocer el precedente vigente, lo cual, en consideración de esta Sala, es algo erróneo si se tiene en cuenta que precisamente la unificación de jurisprudencia como una de las principales tareas de los altos Tribunal tiene como fin constitucional el preservar el derecho de igualdad y la seguridad jurídica.

Desde esa perspectiva, hay una clara obligación de los jueces de inferior jerarquía el de acoger el **precedente vigente** salvo que haya poderosas razones para no hacerlo, entre las cuales no está por supuesto el simple hecho de que la Corte haya variado su jurisprudencia, pues ello puede deberse a múltiples razones válidas como un cambio de las circunstancias sociales o jurídicas o una nueva visión sobre el asunto, entre otras.

Es cierto que la Sala de Casación en un principio tuvo la postura que no debía aplicarse el artículo 349 en casos donde la aceptación de responsabilidad fuera por virtud de un allanamiento, pero es lo cierto que desde el año 2017 y hasta la fecha, la Corte ha considerado que sea cual fuere la forma de aceptación de cargos, para que pueda concederse beneficios punitivos debe el procesado reintegrar el incremento patrimonial que obtuvo con la comisión del delito juzgado. Dicha posición viene siendo reiterada y por tanto constituye precedente vinculante.

Explica el juez *a quo* que este caso no se trató de un hecho de gran corrupción, sino simplemente el de una mujer que, como trabajadora independiente, dejó de cumplir con algunas obligaciones tributarias; pero eso no es una razón

válida para dejar de inaplicar el artículo 359 procesal, por cuanto esta norma no establece ningún tope o cuantía a tener en cuenta, sino simplemente el hecho de que ningún procesado que se haya enriquecido con la comisión de un delito puede acceder a beneficios punitivos a través de la justicia negocial, sino devuelve el ilícito incremento patrimonial en clara aplicación del principio general del derecho de que el delito no puede ser fuente de derechos.

De esta manera, independiente del monto del enriquecimiento ilegal, el procesado que quiera allanarse a cargos o preacordar una pena tiene que necesariamente devolver por lo menos el 50% de dicho incremento ilícito y garantizar el pago del saldo.

Adicional a ello, parece que olvida el juez que el dinero del que se apropió o del que se benefició la procesada hace parte del erario público, que ella cometió esa conducta ilícita cuando desempeñaba transitoriamente funciones como servidora pública y por tal razón se le exigía la máxima rectitud en el desempeño de su labor.

Otro argumento de la primera instancia es que hay diferencia sustancial entre la figura del allanamiento y de la del preacuerdo y como en el artículo 349 *idem* se habla exclusivamente de esta última, la condición ahí establecida no se puede predicar de la primera.

Ciertamente esta fue la posición doctrinaria de la Corte en épocas pasadas, asumiendo que el allanamiento jurídico partía de la voluntad unilateral del procesado quien decidía aceptar su responsabilidad y que en los preacuerdos siempre debía mediar una confluencia de voluntades entre aquel y la Fiscalía para llegar a esa situación, sin embargo, la misma Corporación ha revisado tal teoría y ahora su posición es la contraria teniendo en cuenta que tanto los allanamientos como los preacuerdos son partes de un mismo todo, que no es

otra cosa que la justicia premial y que, por tanto, deben regirse por los mismos principios, incluido por supuesto el desarrollado en el artículo 349 procesal que no es otro que el delito no puede ser fuente de derechos, tal como ya se ha dicho de manera reiterada.

El juez de primera instancia razona que exigir al procesado lo ilícitamente obtenido viola abiertamente los derechos del procesado a renunciar a un juicio para obtener una rebaja sustancial de pena (art. 8L procesal); pero no explica porque si sería admisible tal exigencia para los preacuerdos desde una visión sistémica, teleológica y constitucional y no meramente exegética.

Por el contrario, salidos del campo meramente gramatical, una interpretación adecuada del artículo 349 lleva a la conclusión que tal condición es exigible tanto para los acuerdos como para los allanamientos, puesto que es lo cierto que los mecanismos de solución anticipada en la justicia penal no pueden privilegiar enriquecimientos ilícitos. En palabras más sencillas: no se puede pretender usar los allanamientos para legalizar patrimonios mal habidos.

Aquí es importante advertir que el acceso a mecanismos de justicia negocial no es un derecho absoluto y, por tanto, el legislador está plenamente facultado desde su libertad de configuración para limitar tal derecho de acuerdo a consideraciones de política criminal como la esgrimida en este caso.

Explica el *a quo* que desconoce abiertamente el precedente vigente de la Corte para dejar a salvo los principios de legalidad, estricta tipicidad, interpretación restrictiva y favorable, prohibición de analogía *in malam partem* e interpretación *pro homine*.

Como ya se ha dicho hasta la saciedad los principios no son mandamientos absolutos de aplicación irrestricta por lo que su interpretación y aplicación se

guían por las reglas de la ponderación cuando se encuentran en conflicto con otras normas de igual jerarquía. Esto en cuanto a que lo alegado por el juez de instancia tiene que ver con aquí se hace una interpretación en desfavor del procesado, sin tener en cuenta que aparte de sus derechos, hay otros de la mayor valía en juego como son los de la víctima y los de la sociedad.

En ese conflicto de principios es evidente que en este caso se debe privilegiar a los de la víctima y la sociedad, porque no resulta desproporcionado ni irrazonable que se le exija a un procesado que se quiere beneficiar de una sustancial rebaja de pena que devuelva en la justa medida su patrimonio mal habido. Nótese que no se le está negando a la justiciable el acceso a mecanismo de justicia negocial, simplemente se le impone una condición apenas justa para preservar el ordenamiento jurídico, especialmente lo que tiene que ver con la función de prevención general y especial que tiene la pena, para mandar un fuerte mensaje a la sociedad de que “el delito no paga”.

De otra parte, no es claro como la condición prevista en el artículo 349 viole el principio de legalidad y prohibición de analogía *in malam partem*, no solo por todo lo dicho, que sería más que suficiente, sino porque el artículo 349 está inserto precisamente en el Título II, Capítulo Único de la Ley 906 de 2004 que regula todo lo concerniente a los allanamientos y preacuerdos, eso si con una técnica no muy adecuada, que no en pocas ocasiones a dado lugar a discusiones enconadas como lo es el caso ahora en estudio.

En efecto, por el solo hecho de que en la norma en comento solo se haga alusión al término “acuerdo” no se puede decir que los allanamientos hayan quedado excluidos de tal norma. A tal conclusión solo se podría llegar bajo una interpretación literal de dicha norma que riñe abiertamente con una hermenéutica sistemática, finalista y constitucional de la misma. No se puede confundir exégesis con principio de legalidad

Tampoco hay lugar aquí a hablar de que se está haciendo una analogía desfavorable, porque para ello se requiere que a dos cosas disímiles se les de el mismo trato en tanto para una de ellas existe laguna legal, lo que no sucede en este caso por lo ya dicho.

En cuanto al principio de estricta tipicidad, es del caso ni siquiera pronunciarse al respecto ya que ello se refiere a una garantía totalmente ajena a este análisis en tanto tiene que ver con el ejercicio de adecuaciones de conductas a tipos penales.

Es más, lo inconstitucional sería que se le de tratamiento diferente a dos figuras procesales que son elementos de un mismo conjunto y por tanto deben responder a la misma regulación y principialística, sin desconocer sus propias individualidades

No es cierto, ni mucho menos, que el aplicar la figura del artículo 349 CPP para estos precisos casos haga desaparecer siempre la acción penal por dos razones básicas: la primera, porque el artículo 402 penal exige para la extinción de la acción penal que se pague no solo la obligación tributaria sino los intereses generados y la norma procesal en comento solo lo ilícitamente apropiado, lo cual en la mayoría de los casos dará lugar a sumas diferentes, que por lo mismo generarán consecuencias distintas: quien devuelva lo que estrictamente se apropió tendrá derecho a acceder a los mecanismos de justicia premial, quien devuelva eso más los intereses tendrá derecho a que se le extinga la acción penal.

La segunda razón es que lo que exige el artículo 349 *idem* es que se reintegre el 50% y se garantice el pago de lo ilícitamente obtenido, pago que puede ser, incluso, posterior a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, mientras que

para la cesación del procedimiento se exige es el pago total de la obligación tributaria a la DIAN más los intereses y que ello se haga antes de fenecer el proceso, esto es antes de que la sentencia condenatoria quede ejecutoriada.

Ahora bien, en el caso de que el procesado cancele la totalidad de la obligación, incluyendo los intereses que fije la víctima, en razón de esa exigencia del artículo 349, tras manifestar que acepta su responsabilidad, lo más beneficioso para este no va a ser que se le tenga ese pago como reintegro patrimonial, sino, simplemente, si así se acredita, como soporte para que se extinga la acción penal.

En consecuencia, no evidencia la Sala cuál es la absurda consecuencia que se deriva de exigir el reintegro patrimonial, cuando lo que con esto se garantiza, como ya se dijo en precedencia es evitar que el delito sea fuente de derechos.

Tampoco puede ser razón para desconocer el precedente, la cuestión de que los hechos enrostrados a la procesada se dieron antes de la vigencia de la nueva jurisprudencia de la Corte, en tanto, esta Corporación ha sido categórica en determinar que frente a la jurisprudencia no se aplican criterios de legalidad o favorabilidad frente a **casos en trámite**, de un lado, porque tal ejercicio es propio para las leyes sustanciales o leyes procesales con efectos sustanciales y no para la jurisprudencia y, dos, la dinámica de los precedentes tanto horizontales como verticales es muy diferente a la de las leyes, en tanto frente a los primeros ciertamente se aplica la regla de su vinculatoriedad, no obstante, el juez, en especial las Cortes de Cierre, lo pueden variar por diversas razones frente a un caso que llega a su conocimiento, aún si la nueva postura resulte desfavorable al procesado.

Frente a este caso en particular, esto ha dicho la Sala de Casación Penal:

En tal medida, se pasa por alto que el principio de favorabilidad no se reputa de los cambios de jurisprudencia para procesos en curso como ya lo ha sostenido la Sala en sede de tutela a partir de la interpretación que sobre el tema ha construido la Corte Constitucional. En un fallo de esa naturaleza, eso fue lo que indicó la Sala de Casación Penal:

Frente a la concurrencia de posturas jurisprudenciales sobre el aspecto atrás analizado, y la obligación de aplicar la que resulte más favorable al procesado, es necesario hacer las siguientes precisiones:

*En primer término, la asimilación que hace el impugnante entre derecho legislado y precedentes judiciales, de cara a la aplicación del principio de favorabilidad, es inaceptable, porque **una cosa es el fenómeno de tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas que regulen de manera diferente un mismo asunto, y otra muy diferente que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria varíe la interpretación de un determinado precepto por considerarla errónea, tal y como sucedió en este caso.*** (Resaltado fuera del texto original)

Sobre la posibilidad que tiene la Corte Suprema de Justicia de variar el precedente judicial por la razón atrás indicada, la Corte Constitucional ha precisado que

*El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. **Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro**²¹. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas pueden haber sido útiles y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. (SU-047/99, reiterada en C-836 de 2001).» (CSJ ST, 13 jul 2016, rad. 48257)*

El cambio de precedente es un ejercicio legítimo en la actividad judicial que se encuentra reglado, puesto que se requiere una carga argumentativa fuerte que justifique las modificaciones a la interpretación que del ordenamiento jurídico hacen los jueces en aras de garantizar derechos como la igualdad y principios como los de confianza legítima y seguridad jurídica.²²

²¹ Negrillas fuera del texto original.»

²² Sala de Casación Penal, rad. SP-8468-2017 (49467)

De esta manera el criterio claro y contundente de la Corte es que frente a un cambio jurisprudencial respecto de procesos en trámite, no es dable hablar de aplicación de los principios de legalidad o favorabilidad por cuanto, la regla perentoria a seguir es la obligatoriedad del precedente nuevo, salvo que se tengan argumentos de peso para desconocerlo, entre los cuales no está el simple hecho de que con anterioridad la Corte haya tenido una visión diferente del asunto.

La conclusión, entonces, no puede ser otra que erró el juez de instancia al inaplicar el artículo 349, por lo que se debería revocarse la decisión de primera instancia en cuanto a la tasación punitiva, a la que se le tendría que disminuir ese 40% que reconoció el *a quo* por el allanamiento a cargos. No obstante, como las advertencias de ley que el juez obligatoriamente tenía que hacerle a la procesada fueron en extremo vagas y ambiguas, al punto que la pudieron llevar a error, pues no hubo claridad sobre la condición establecida en el artículo 349 procesal como de igual manera tampoco hubo claridad sobre la actual posición de la Corte, lo procedente será anular el trámite, en tanto es claro que en el allanamiento a cargos se presentó una violación al debido proceso.

En efecto, la Sala advierte que con la información que el juez le dio a la señora **Mónica María Jiménez Morales** vició el consentimiento de esta, en tanto no le explicó en qué consistía el reintegro, cómo se aplicaba, porqué se aplicaba, porqué él no lo aplicaría y, lo más importante aún, cuál era el abanico de posibilidades que tenía la procesada en caso de aceptar su responsabilidad sin reintegrar lo que exige el 349 procesal. En ese sentido lo que debió hacer el *a quo* era haberle señalado claramente a la señora **Jiménez Morales** que existía un precedente jurisprudencial vigente que la obligaba a reintegrar el valor del incremento patrimonial que obtuvo con el delito, pero que él no acogía ese precedente y por ende no se lo exigiría, aceptaría su allanamiento sin ese

condicionamiento y otorgaría una rebaja de pena, pero tenía que haberle puesto de presente qué podría suceder en caso de que la decisión que se emitiera como consecuencia del allanamiento fuera apelada, indicándole que podría ocurrir que la segunda instancia sí aplicara ese precedente y decidiera negarle la rebaja de pena que él le iba a dar por la aceptación de los cargos.

Así y solo así, se entendería un consentimiento pleno, pues la procesada pese a conocer la situación jurídica respecto del allanamiento, al decidir libremente aceptar su responsabilidad, era consciente de las vicisitudes que podría afrontar dentro del proceso.

En efecto, le asistía el derecho a la señora **Mónica María Jimenez Morales** de allanarse sin devolver lo ilícitamente obtenido, eso es un acto que ningún obstáculo puede tener, pero para que ese deseo de allanarse se entienda válido debía ser además de libre, informado y consiente, conciencia que se adquiere con el hecho de conocer la verdad real y completa de las cosas, lo que evidentemente aquí no sucedió.

Para la Sala es claro que la verificación de la legalidad del allanamiento estaba en cabeza del Juez 23 Penal del Circuito de Medellín, como quiera que el mismo se presentó en la audiencia de acusación, quien sin excusa alguna debía velar por suministrar una información veraz y completa a la procesada con miras a garantizar que la aceptación de cargos provenga de un consentimiento sin vicio alguno.

Como ello no se hizo así, por todo lo que se acaba de explicar, a la Sala no le queda otra alternativa que anular parcialmente parte del proceso, con fundamento en el artículo 457 procesal, porque es evidente la violación sustancial del debido proceso de la procesada, tal yerro tiene graves consecuencias frente a la pena a imponer, es una irregularidad que no se

puede corregir en segunda instancia, la misma obviamente no provino de la enjuiciada y tampoco puede ser convalidada.

En consideración de lo antes expuesto, esta Colegiatura decretará la **NULIDAD** de todo lo actuado dentro del presente proceso, a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 5 de agosto de 2020 ante el Juez 23 Penal del Circuito de Medellín, inclusive, lo que traduce que se dejará sin efecto alguno la sentencia proferida por ese mismo juzgado el 31 de ese mismo mes y año; para que en su lugar, la Fiscalía General de la Nación, con la advertencias hechas a lo largo de este proveído, proceda a formular nuevamente la acusación a la señora **Mónica María Jiménez Morales** en donde está tendrá la posibilidad de aceptar los mismos, pero, *se itera*, con las amonestaciones que el caso amerita y que ya fueron explicadas a lo largo del presente proveído.

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

6. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado dentro del presente proceso penal adelantado en contra de la señora **Mónica María Jiménez Morales** a quien se le endilgó la comisión del delito de omisión de agente retenedor y recaudador; a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 5 de agosto de 2020 ante el Juez 23 Penal del Circuito de Medellín, inclusive, por lo expuesto a lo largo de este proveído.

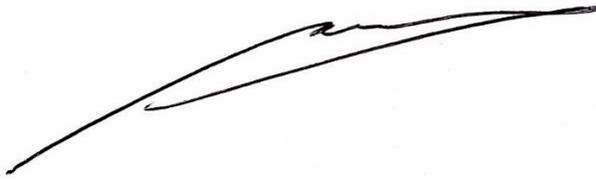
SEGUNDO: La presente decisión no es susceptible de recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

(Con aclaración de voto)