



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05-001-60-00206-2021-07116
Procesados	Luis Ever Borja Úsuga Cristian Camilo Correa Zapata
Delito	Hurto Calificado y Agravado Arts. 239, 240 numeral 2° y 241 numeral 10, C.P.
Hechos	22 de abril de 2021, a las 2 y 30 de la tarde aproximadamente, en la carrera 40 con la calle 62 del barrio Villa Hermosa, Medellín
Víctimas	Carlos Andrés Martínez Valencia Coordinadora Mercantil S.A.
Bienes objeto de apoderamiento	Celular marca Samsung, valorado en la suma \$700.000 y dinero en efectivo en cuantía de \$770.000 de Carlos Andrés Martínez Valencia Mercancía por valor de \$268.000, de propiedad de Coordinadora Mercantil.
Juzgado <i>a quo</i>	Cuarenta y siete (47) Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín
Asunto	Apelación de sentencia por allanamiento de 28 enero 2022 en el trámite de la Ley 1826 de 2017
Consecutivo	SAP-S-2023-04
Aprobado por acta virtual	Nº022 de 8 febrero de 2023
Audiencia de exposición	Jueves 9 febrero de 2023; Hora: 1:30 pm
Decisión	En allanamiento a cargos no hay que dar cumplimiento al Art. 349 del C.P.P. La captura en situación de flagrancia. Se reconoce rebaja de pena por aceptación unilateral de cargos y se redosifica la sanción.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

Medellín, Antioquia, nueve (9) febrero de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En sesión virtual de la Sala de Decisión Penal de 1° de febrero de 2023, la ponencia presentada por el magistrado JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE no obtuvo la mayoría de los votos requerida para su aprobación, razón por la cual el expediente fue rotado al primer revisor, magistrado NELSON SARAY BOTERO, para la sustanciación de la presente sentencia. No obstante, el capítulo de antecedentes que contiene la relación de actuaciones dentro del proceso penal, son un valioso aporte de la ponencia inicial, que en su mayor parte se conservan en este proveído.

La Sala Mayoritaria resuelve el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de los ciudadanos LUIS EVER BORJA ÚSUGA y CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA, contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2022 por la Juez Cuarenta y siete (47) Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín, que los condenó, luego de su allanamiento a cargos, a la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, sin derecho a ningún tipo de beneficio, tras ser hallados coautores penalmente responsables del delito de Hurto calificado y agravado.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS

2.1 Es el ciudadano LUIS EVER BORJA ÚSUGA, hijo de Gloria Úsuga y Luis Borja, nació el 22 de septiembre de 1980 en Chigorodó, Antioquia, identificado con la cedula de ciudadanía N° 71.384.079 expedida en Medellín, Antioquia, de ocupación jardinero, en detención intramural.

2.2 Es el ciudadano CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA, es hijo de Gloria Zapata y Jesús Correa, nació el 31 de julio de 1994 en Medellín, Antioquia, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.143.966.374 expedida en Cali, Valle, de ocupación oficios varios, en detención intramural por otro proceso.

3. HECHOS, ACTUACIÓN PROCESAL, FALLO DE PRIMERA INSTANCIA E IMPUGNACIÓN

3.1 HECHOS

Fueron expuestos así por el despacho de primera instancia:

En la ciudad de Medellín, el 22 de abril de 2021, a las 14:30 horas de la tarde aproximadamente, en la carrera 40 con la calle 62 del barrio Villa Hermosa, los ciudadanos LUIS EVER BORJA ÚSUGA y CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA y otro sujeto, utilizando un arma cortopunzante tipo navaja e intimidando con esta y con manifestaciones de muerte, dirigidas al señor CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ VALENCIA, se apoderaron de un celular marca Samsung, valorado en la suma \$700.000, y de dinero en efectivo en cuantía de \$770.000, como también de una mercancía que transportaba la víctima por valor de \$268.000 y de propiedad de Coordinadora Mercantil.

Para lograr su cometido, el señor CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA se le acercó por la puerta del piloto del vehículo en el cual se encontraba estacionado la víctima, el cual presta sus servicios de transporte para la empresa Coordinadora Mercantil, e ingresó al automotor ubicándose en el puesto del copiloto, lo amenazó con una navaja, continuó constriñéndolo con violencia física y psicológica, despojándolo de su teléfono celular y el dinero, indicándole que atrás del vehículo se encontraba otra persona vigilándolo, el cual estaba con arma de fuego, situación que fue confirmada por el señor MARTÍNEZ VALENCIA, observando efectivamente al otro sujeto quien se trataba de LUIS EVER BORJA ÚSUGA, quien hurtó del

interior del vehículo dos cajas con mercancía valoradas en la suma de \$268.000, las cuales al parecer fueron entregadas a otros sujetos que los acompañaban.

De acuerdo con la actividad investigativa, con los elementos materiales probatorios y evidencia física se logra la identificación de los ciudadanos LUIS EVER BORJA ÚSUGA y CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA.

3.2 AUDIENCIAS PROCESALES RELEVANTES

El 23 de abril de 2021, la Juez 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín legalizó el procedimiento de **captura en flagrancia** realizado en contra de LUIS EVER BORJA ÚSUGA y CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA.

Acto seguido la Fiscalía General de la Nación, conforme al rito del **procedimiento especial abreviado** (Ley 1826 de 2017), dio traslado del escrito de acusación a la defensa de estos formulándole cargos por el delito de *Hurto calificado y agravado* conforme a los artículos 239, 240 numeral 2° y 241 numeral 10 del Código Penal, mismo al cual no se allanaron los procesados.

Al ciudadano LUIS EVER BORJA ÚSUGA se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario; por el contrario, al ciudadano CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA no se le impuso ninguna medida en primera instancia, pero en segunda le fue impuesta detención preventiva en su lugar de residencia.

El 10 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarenta y siete Penal Municipal con funciones de Conocimiento **dio inicio a la audiencia concentrada** luego de varios aplazamientos deprecados por la Defensa de los procesados a efectos de lograr el reintegro del incremento patrimonial para ambas víctimas –el ciudadano CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ VALENCIA y la empresa Coordinadora Mercantil– en aras de buscar una terminación anticipada del proceso; el defensor advirtió que, si bien se habían pagado los perjuicios al señor CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ VALENCIA **no se hizo lo mismo con la empresa Coordinadora Mercantil**, tampoco se logró obtener el dinero para el reintegro del incremento patrimonial; **empero los procesados insistieron en allanarse luego de ser advertidos por la Judicatura y su defensor de que, de aceptar cargos bajo esas circunstancias, no obtendrían ninguna rebaja de pena por el allanamiento.**

El 14 de enero de 2022 la Juez Cuarenta y siete Penal Municipal con funciones de Conocimiento de esta ciudad aprobó el allanamiento a cargos, anunciando el sentido condenatorio del fallo. Acto seguido dio paso al trámite de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en donde la Fiscalía General de la Nación se refirió a las condiciones individuales, familiares y sociales de los procesados, indicando que CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA tiene dos sentencias condenatorias vigentes y LUÍS EVER BORJA ÚSUGA cuenta con varias anotaciones en el registro SPOA, que si bien no constituyen condena sí indican el estilo de vida que lleva.

Por su parte, el señor abogado defensor público, doctor DEYLER ANTONIO MOSQUERA ANAYA, resaltó que debe tenerse en cuenta que sus asistidos le evitaron un desgaste a la Administración de justicia a través de la figura de la aceptación de cargos unilateral, la cual es diferente al instituto de la negociación por preacuerdo; esta figura se encuentra regulada bajo el principio de estricta legalidad

en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal que comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer que consagra ese beneficio. Señala que en este caso se dio una aceptación unilateral y además **existió reparación a una de las víctimas**, el señor CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ VALENCIA, mediante depósito judicial por valor de \$900.000, lo cual es importante que se tenga en cuenta, pues si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial que establece que cuando exista un incremento de una de las víctimas y no sea restituido, los que acepten la responsabilidad a cargos no tienen derecho a rebaja alguna, criterio desfavorable que ha venido siendo adoptado a partir de la *sentencia de Los Nule*, sin embargo aduce que este asunto es distinto de aquel y no debe tenerse como una sentencia *erga omnes*, máxime cuando la finalidad de la Ley 906 de 2004 es la terminación anticipada del proceso y consagró dos institutos muy diferentes.

Acotó que adoptando una interpretación favorable LUIS EVER BORJA ÚSUGA y CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA deben ser merecedores de la rebaja que contiene el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal haciendo alusión para el efecto a una sentencia proferida el 20 de octubre de 2020 por el Magistrado Nelson Saray Botero del Tribunal Superior de Medellín con Radicado 0526600203201002131, en donde revoca una decisión del Juzgado 46 Penal Municipal en donde no existió un incremento y hubo una aceptación unilateral, allí concedió la rebaja del 351 manifestando que existe una diferencia sustancial entre un preacuerdo y un allanamiento. Finalmente concluyó que existe una laguna axiológica respecto de los principios de estricta legalidad y debido proceso, solicitando se acoja ese criterio favorable de que una cosa son los allanamientos y otra los preacuerdos y, **teniendo en cuenta que aquí se indemnizó a una de las víctimas**, solicita se le conceda a sus asistidos una rebaja considerable, la contentiva en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal en favor de ambos y al momento de hacer la tasación punitiva se parta de la pena mínima del primer cuarto.

3.3 SENTENCIA IMPUGNADA DE PRIMERA INSTANCIA

En virtud del allanamiento a cargos, y tras la verificación de que existían suficientes elementos materiales probatorios que desvirtuaban la presunción de inocencia y que LUIS EVER BORJA ÚSUGA y CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA habían aceptado cargos de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorados por su abogado defensor, la Juez Cuarenta y siete Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín les impuso una pena principal de ciento cuarenta y cuatro (**144**) meses de prisión tras hallarlos coautores penalmente responsables del delito de *Hurto calificado y agravado*, sin derecho a ningún tipo de beneficio.

Concretamente, respecto de la pena impuesta la Juez *a quo* advirtió que el delito por el que debían responder los procesados consagraba una pena de prisión que iba de **144 meses** hasta 336 meses de prisión, advirtiendo que como no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad, resultaba imperioso moverse en el primer cuarto, esto es, entre **144 meses** y 192 meses, para lo cual tuvo en cuenta la pena mínima, señalando que la violencia ejercida sobre la víctima no sobrepasó la propia del calificante, ni existe otras circunstancias para considerar que la conducta amerita una sanción mayor.

Frente a la solicitud incoada por la defensa de los procesados, advirtió que no acogería sus planteamientos pues la sentencia 39.831 con radicado SP 14496-2017 del 27 de septiembre de 2017, la Corte Suprema se encargó de señalar porqué ha

de considerarse que el instituto del allanamiento a cargos es otra forma de preacuerdo y, en consecuencia, para su aprobación y efectos, es necesario que se cumpla con lo previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Indicó que los argumentos esbozados por el defensor no alcanzan a aminorar la claridad y extensión que a sus efectos le imprimió la alta corporación a dicho pronunciamiento y, siendo ya una línea pacífica la construida sobre el tema, ella no se apartaría de la misma.

La sentencia citada viene siendo acogida reiteradamente por la Sala Penal de la Corte y del Tribunal Superior de Medellín, este último en fallos dentro de los radicados 2018-00973 del 8 de febrero de 2019, 2018-00012 del 3 de mayo de 2019 y 2017-57812 del 23 de abril de 2018.

Alude al fallo con radicado 2018-00973, en el que expresamente por esta Corporación dijo que aunque no existe prohibición para el allanamiento a cargos cuando el imputado o acusado no ha reintegrado o asegurado el incremento recibido, se le debe informar que de aceptar su responsabilidad no obtendrá rebaja alguna, es decir, el procesado debe estar debidamente informado sobre las reales consecuencias de su manifestación libre y voluntaria, entre las que se cuenta, para estos casos, la no concesión de rebaja punitiva.

En este asunto se acreditó que, a CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ VALENCIA, le fueron hurtadas pertenencias tales como un celular valorado en \$700.000 y la suma de \$770.000 en efectivo, también se acreditó que como reparación de los perjuicios y el reintegro de lo apropiado se acordó una suma de \$900.000 que fueron consignados en cuenta de depósito judicial. Por su parte, a la empresa Coordinadora Mercantil le fue hurtada mercancía por valor de \$268.000, **la cual no fue recuperada ni reintegrado su valor, ni tampoco se pagaron los perjuicios que fueron estimados en \$1.800.000.** El propio defensor afirmó que no hubo pago del valor del incremento patrimonial, aunado a que los procesados fueron informados por el Despacho acerca de las consecuencias de allanarse sin cumplir con dicho presupuesto y, con todo, decidieron aceptar los cargos, por lo que no resulta procedente otorgarles rebaja alguna por dicho concepto.

Ahora, en relación con la rebaja punitiva por reparación de perjuicios el artículo 269 del Código Penal, los procesados solamente realizaron el pago de los perjuicios a una de las víctimas, la *a quo* no les concedió ninguna rebaja conforme al referido artículo, ello por cuanto la finalidad de dicho instituto, el cual resalta, ofrece una amplia rebaja punitiva, está encaminada a que la reparación sea integral, plena, total y frente a todas y cada una de las víctimas, que no parcial, como ha ocurrido en el *sub judice*.

Argumentó que la jurisprudencia de la Corte es pacífica cuando señala que para los efectos de la norma citada la reparación debe ser integral, bien sea en el monto fijado por la víctima, o por un valor consensuado entre esta y el victimario o incluso, de no haber acuerdo, abriéndose un espacio de discusión en la audiencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, para determinar el monto, pero en todo caso, lo que determina ese descuento punitivo es una reparación completa de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, y en este caso a la otra víctima, Coordinadora Mercantil, ni se le efectuó el reintegro del valor de la mercancía apropiada ni los perjuicios por ella fijados.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE LOS PROCESADOS

El señor abogado defensor público, doctor DEYLER ANTONIO MOSQUERA ANAYA, inconforme con la pena impuesta a sus asistidos y con la determinación de que no se les hubiese conferido ninguna rebaja por el allanamiento a cargos, presentó el recurso de alzada partiendo por hacer varias precisiones frente al principio de legalidad, acota que los artículos 16 de la Ley 1826 de 2017 y 539 de la Ley 906 de 2004 consagran la figura de la aceptación de cargos en el procedimiento penal abreviado y el beneficio de la rebaja hasta la mitad de la pena, en igual sentido el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 que contempla las consecuencias de aceptación de cargos en la imputación, figura similar al traslado del escrito de acusación de la Ley 1826, consagrando una rebaja hasta de la mitad de la pena a imponer, donde se deduce sin equívocos que es un acto, manifestación de la voluntad de carácter personal, unilateral, diferente a un acuerdo de voluntades.

Conforme a lo anterior arguye que la aceptación de cargos del artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 es totalmente diferente a la negociación o figura del preacuerdo establecida en el estatuto procesal penal y debe entenderse en sentido diferente pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio universal de legalidad e igualdad.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 8 de abril de 2008 con radicado 25306, 8 de julio de 2008 con radicado 31063, 27 de abril de 2011 con radicado 34829, 5 de septiembre de 2011 con radicado 36502 y 9 de abril de 2014 con radicado 40174 e incluso la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín en providencias con Radicado 052666000203201002131 proferida el 20 de octubre del 2020 y 052126000206202002307 el 15 de febrero del 2021 ha sostenido que el allanamiento a cargos y los preacuerdos son instituciones de naturaleza jurídica y consecuencias diferentes, es decir que, contrario de lo que sostiene la *a quo* en el presente caso, la jurisprudencia no ha sido pacífica y frente a eso se debe optar siempre por aquellas interpretaciones favorables al ciudadano procesado, restringiendo aquellas que limitan el cambio jurisprudencial y social porque el Estado Colombiano es democrático y liberal, cuyo fin es la persona muy contrario a otras latitudes en donde el fin es el Estado en sí mismo y por eso la dignidad humana y las garantías procesales son clase aparte.

Arguye el censor que no es dable que por la ineficacia de ciertos institutos procesales, asimilen el instituto de los preacuerdos con el instituto del allanamiento.

Por último, resalta que la figura de la aceptación a cargos no tiene condicionamiento alguno, así lo dio a entender el legislador en normatividades como el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y el 16 de la Ley 1826 de 2017 como para exigirse del mismo un reintegro patrimonial e indemnización.

Concluye el defensor que a los sentenciados, pese a indemnizar a una de las víctimas y desde un principio evitar un desgaste de la administración de justicia mediante la aceptación a cargos, no se les reconoció la rebaja contemplada en las normas referidas, teniendo en cuenta que dichos institutos contemplan una rebaja hasta de la mitad de la pena a imponer que, de haberse reconocido, la pena no les hubiese quedado en **144 meses**, monto que considera exorbitante para ciudadanos que evitaron un juicio público oral sin dilaciones.

En virtud a lo anterior considera entonces que a sus asistidos se les vulneraron los principios de legalidad e igualdad y por ende solicita se les conceda a ambos la

rebaja contenida en los artículos 16 de la Ley 1826 de 2017 en consonancia con el 351 del Código de Procedimiento Penal.

4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Mayoritaria dará respuesta puntual a los argumentos presentados por el señor abogado defensor público.

5. TESIS QUE SOSTIENE ESTA SALA MAYORITARIA DE DECISIÓN: EN EL ALLANAMIENTO A CARGOS NO APLICA EL CANON 349 DEL C.P.P.

5.1 MARCO NORMATIVO

Expresa el canon 349 de la Ley 906 de 2004:

«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».

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-059 de 3 febrero 2010.

Se expresó en la mencionada sentencia de constitucionalidad: *«En este orden de ideas, la norma acusada, antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales».*

El fiscal del caso **deberá establecer probatoriamente este aspecto**, a efectos de una posible negociación, pues el valor no es de libre creación de las partes¹.

No se puede confundir el reintegro del incremento percibido producto del delito con la indemnización de los daños causados a la víctima de aquél, rubros independientes que tienen naturalezas jurídicas distintas.

Este requisito debe ser establecido con suficiencia por el juez de conocimiento².

5.2 JURISPRUDENCIA EN EL SENTIDO QUE EL CANON 349 DEL C.P.P. SE DEBE CUMPLIR EN LA NEGOCIACIÓN Y EN EL ALLANAMIENTO A CARGOS

¹ CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

² CSJ SP 2295-2020, rad. 50.659 de 8 julio 2020.

La Sala Penal de la Corte sostuvo en una línea jurisprudencial que se inició con la providencia CSJ SP, 8 abril 2008, rad. 25.306, que no había similitud entre allanamiento y preacuerdos; es decir, que son institutos diferentes. La consecuencia necesaria de la tesis es que el Art. 349 del C.P.P. se aplica a la negociación, mas no al allanamiento a cargos.

Esta tesis se mantuvo hasta la sentencia CSJ SP, 27 septiembre 2017, rad. 39.831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, retomando la tesis del proveído CSJ SP, 23 agosto 2005, rad. 21.954, que allanamientos y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, con la consecuencia que el canon 349 C.P.P. se aplica a ambos institutos.

Luego, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (por mayoría), en algunas providencias, y a modo de *obiter dicta*, indicó que el canon 349 del C.P.P. se debe aplicar a la negociación y a la aceptación unilateral de cargos.

Mediante providencia CSJ AP 4884-2019, rad. 54.954 de 30 octubre 2019, ya a modo de *ratio decidendi*, la Corte asume que el canon 349 del C.P.P. se aplica a la justicia premial en sus vertientes de negociación y allanamiento a cargos. La decisión contó con salvamento de voto en ese tema puntual.

En la línea jurisprudencia entonces, siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, sea que se trate de allanamiento o preacuerdo, se requiere reintegrar el 50% del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, en concordancia con lo previsto en el artículo 349 del C.P.P.³.

Criterio reiterado en CSJ AP 1906-2020, rad. 56.254 de 12 agosto 2020, en un caso donde el implicado se allanó a cargos de estafa agravada en modalidad masa y el juez de control de garantías le advirtió reiteradamente que no tendría rebaja de pena por aceptación de cargos por no haber dado cumplimiento al Art. 349 del C.P.P. Se afirmó en esta providencia que las subreglas judiciales llamadas a regir el caso son las vigentes para la época en que se produce la aceptación de responsabilidad.

Esta providencia contó con un salvamento de voto en el sentido que en el allanamiento a cargos no aplica el Art. 349 del C.P.P. y la vía adecuada para la reclamación de perjuicios es el incidente de reparación integral.

En la decisión CSJ SP 287-2022, rad. 56.914 de 9 febrero 2022, la Corte mantuvo la posición de manera mayoritaria, pero la decisión contó con cuatro (4) salvamento de voto en ese tema específico. Criterio que se reiteró en CSJ AP 2419-2022, rad. 57.974 de 1° junio 2022.

El asunto, como se ve, **no es unánime** en las providencias de la Corte.

5.3 ESQUEMATIZACIÓN DE LAS POSICIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL PARTICULAR

Podríamos esquematizar las posiciones de la Corte sobre el artículo 349 del C.P.P., de la siguiente manera:

³ CSJ AP 4884-2019, rad. 54.954 de 30 octubre 2019.

DEBE REINTEGRAR EN ALLANAMIENTO	NO DEBE REINTEGRAR EN ALLANAMIENTO
CSJ SP rad. 21.954 de 23-08-05 Asunto regido ley 600/00	CSJ SP, 23 agosto 2005, rad. 21.954; CSJ SP, 14 diciembre 2005, rad. 21.347
CSJ SP rad. 21.347 de 14-12-2005). Ley 600 de 2000. A modo de simple <i>obiter dicta</i> .	
	CSJ SP rad. 25.306 de 08-04-2008. Asunto regido por la ley 600 de 2000
CSJ SP, rad. 29.473 de 14-05-09. En preacuerdo debe cumplir con el Art. 349 CPP	CSJ SP rad. 31.063 de 08-07-2008; CSJ SP 31.063 de 08-07-2009
	CSJ AP rad. 34.493 de 13-09-2010
	CSJ SP rad. 34.829 de 27-04-2011. En preacuerdo. Diferencias
	CSJ SP rad. 36.502 de 05-09-2011.
	CSJ SP rad. 40.174 de 09-04-2014. <i>Ratio decidendi</i> . Solo para negociación y no para allanamiento.
CSJ SP 14496-2017, rad. 39.831 de 27-09-2017. Caso <i>Nule</i> . <i>Obiter dictum</i>	
CSJ SP 364-2018, rad. 51.142 de 21 febrero 2018. Magistrados Cúcuta	
CSJ SP rad. 51.833 de 28-02-2018. Caso del senador Bernardo Miguel Elías Vidal. (Ley 600 de 2000)	
CSJ SP 2259-2018, rad. 47.681 de 20-06-2018. La jurisprudencia no aplica al caso	
CSJ STP 7731-2019, rad. 104.902 de 11-06-2109, tutela Pasto.	
CSJ SP 287-2022, rad. 55.914 de 9 febrero 2022 (con cuatro salvamentos de voto).	
CSJ SP 3883-2022, rad. 55.897 de 26 octubre 2022 (con tres salvamentos de voto, dos parciales).	
CSJ AP 2419-2022, rad. 57.974 de 1° junio 2022. Se obtuvo rebaja del 12.5% por flagrancia, pero se pretendía retractación.	

5.4 ARGUMENTOS DE LOS SALVAMENTOS DE VOTO EN EL SENTIDO QUE EL ART. 349 DEL C.P.P. SOLO APLICA A LA NEGOCIACIÓN Y NO AL ALLANAMIENTO

Los salvamentos de voto a la providencia CSJ SP 287-2022, rad. 55.914 de 9 febrero 2022, los podremos sintetizar así:

➤ **Salvamento de voto del magistrado Gerson Chaverra Castro**

Se desatiende el tenor literal del canon 349 del C.P.P. que hace referencia a que «*no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía*», según los artículos 27, 28 y 29 de la Ley 57 de 1887, así que se hace una interpretación *in malam partem*, proscrita por el ordenamiento jurídico. En efecto, se extiende lo odioso de una disposición a una institución jurídica que lo excluye (Art. 31 Ley 57 de 1887, Art. 6º C.P.).

En la aceptación unilateral de cargos también están preservados los derechos de las víctimas por vía de los diferentes mecanismos previstos en el ordenamiento procesal que van desde aquellos de justicia restaurativa, hasta el incidente de reparación integral o la acción de extinción de dominio.

El allanamiento sin reintegro previo, como el preacuerdo con el cumplimiento del artículo 349 del C.P.P., no es incompatible con la reparación integral.

➤ **Salvamento de voto del magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán**

Dentro del marco de la normatividad de la Ley 906 de 2004, la consagración de las figuras del allanamiento a cargos y los preacuerdos en capítulos independientes; la primera, en el correspondiente a la formulación de imputación; y, la segunda, en el que atañe a los preacuerdos y negociaciones propiamente dichas, supone, desde su origen, la intención legislativa de plasmar dos alternativas diferenciadas de terminación anticipada del proceso.

La imposición analógica del canon 349 de la Ley 906 de 2004, a los allanamientos, supone una analogía *in malam partem*.

Lo exigido por la Sala mayoritaria afecta de manera ostensible los presupuestos teleológicos y materiales que dentro del espectro de la justicia premial animan el sistema dispuesto en la Ley 906 de 2004, al punto de obligar llevar a juicio todos estos asuntos, con evidente daño a los postulados de celeridad y economía procesales, para no hablar de la posibilidad enorme de congestión, que conduzca a absoluta inmovilidad.

El artículo 349 del C.P.P. no está dirigido a resarcir perjuicios a las víctimas. Hay otras formas para resarcir a la víctima: medidas cautelares de embargo y secuestro, prohibición de enajenar bienes en los términos del Art. 97 C.P.P., medidas al amparo del Art. 92 del C.P.P., suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, contemplada en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, el incidente de reparación integral de perjuicios.

➤ **Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar**

Un acuerdo depende de que el acusador esté dispuesto a celebrarlo, y por ello es que existe el allanamiento a cargos.

Lo anterior aparece claramente reflejado a lo largo de la Ley 906 de 2004, así: (i) el artículo 287 dispone que es deber de la Fiscalía relacionar los hechos jurídicamente relevantes e informarle al imputado sobre la posibilidad de allanarse a la imputación;

(ii) el artículo 356, que regula la audiencia preparatoria, establece que el juez debe darle la oportunidad al procesado de manifestar «*si acepta o no los cargos*», y, de hacerlo, «*procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer*»; y (iii) los artículos 367, 369 y 369 regulan la misma actuación, en el juicio oral, con la diferencia de que, ante la aceptación de los cargos, el procesado «*tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena*».

Es claro que el legislador, acorde con la tradición jurídica en esta materia, a la par de las formas consensuadas de terminación de la actuación penal (acuerdos y principio de oportunidad, principalmente cuando, en este último ámbito, se trata de las causales de colaboración), estableció la posibilidad para el procesado de someterse unilateralmente a los cargos estructurados por la Fiscalía en la imputación y la acusación.

La introducción de las dos figuras refleja el propósito de establecer formas de terminación consensuada de la actuación penal, así como la posibilidad de que el procesado pueda acceder a ciertos beneficios de forma unilateral, esto es, sin depender de la voluntad del acusador. Por demás, esta interpretación se ajusta totalmente al principio hermenéutico del **efecto útil**, en cuanto privilegia la interpretación que genera consecuencias jurídicas, sobre aquella que hace irrelevante la disposición legislativa que diferencia las dos figuras.

En el artículo 351 del C.P.P. se refirió a la aceptación de cargos como un «*acuerdo*», ello no constituye razón suficiente para eliminar la diferenciación entre las dos figuras, por las siguientes razones: (i) en las normas que regulan la imputación, la audiencia preparatoria y el juicio oral, se estableció la obligación de darle la oportunidad al imputado o acusado de aceptar los cargos, a cambio de una rebaja claramente establecida en la ley; (ii) en ninguno de esos eventos el legislador dispuso que, a renglón seguido, las partes tuvieran que celebrar un acuerdo; (iii) por el contrario, como sucede con la regulación prevista en los artículos 396 y siguientes, consagró la obligación de diferenciar en qué eventos el sometimiento a la condena corresponde a una decisión unilateral, y cuándo es producto de un consenso; y (iv) de hecho, estableció consecuencias distintas, pues, en el primer caso, el juez debe aplicar la pena que corresponda, disminuida en los porcentajes previstos en la ley, mientras que, en el segundo, debe estarse a la pena establecida por las partes, siempre y cuando no se presente la violación de derechos o garantías.

Existen múltiples herramientas con las que cuenta el Estado para evitar que el delito se convierta en fuente de riqueza, entre las que se destacan la extinción de dominio –con las notorias prerrogativas otorgadas para la persecución de este tipo de bienes–, así como la penalización del testaferrato y el lavado de activos.

Exigir que en todos los eventos de aceptación unilateral deba existir un acuerdo sobre la pena, contraría lo establecido por el legislador sobre las funciones del juez frente a esta forma de terminación del proceso, pues los artículos 356 –cuando la aceptación de cargos ocurre en la preparatoria– y el artículo 367 –cuando ello sucede en el juicio– disponen que el juez procederá a aplicar las rebajas allí previstas, «*a la pena imponible respecto de los cargos aceptados*».

La devolución prevista en la norma no puede asimilarse a la reparación a las víctimas (Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2010).

El ordenamiento procesal penal consagra límites diferentes para la aceptación unilateral a los cargos y para los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y el procesado.

La redacción del artículo 349 del C.P.P. es incompatible con la aceptación unilateral de cargos

➤ **Salvamento de voto del magistrado Fernando León Bolaños Palacios**

Comparte las razones de los salvamentos de voto de sus colegas de Sala.

Adicionalmente, el artículo 349 del C.P.P. menciona exclusivamente «*acuerdos o negociaciones*», sin aludir expresa ni tácitamente a los allanamientos. Si ello es así, no se vislumbra razón válida para discernir intrincadamente acerca de por qué, los allanamientos habrían quedado abarcados por el espectro restrictivo del artículo 349 en comento.

El allanamiento a cargos es un derecho puro y simple del implicado, que este puede ejercer o no, de manera unilateral; al punto que para ello ni siquiera es preciso que dialogue al respecto con la Fiscalía General de la Nación; y los delegados no están facultados para oponerse a su trámite, bajo el pretexto de que el delito es muy grave, o que le parecen muy generosas las disminuciones de la pena que genera; y ni siquiera que cuentan con las pruebas necesarias para conseguir una condena en el juicio oral.

En cambio, los preacuerdos y negociaciones son un proceso dialéctico, contractual, con expresión de expectativas, tanto de la Fiscalía como de la defensa; y en cuyo desarrollo suelen presentarse discusiones acerca de las pretensiones de cada parte. La negociación se fundamenta en motivos de oportunidad, economía y conveniencia no sólo para el implicado, sino también, en modo preponderante, para el Estado-Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, un giro en la política criminal del Estado, para condicionar el allanamiento a cargos al reintegro, al menos parcial, del incremento patrimonial, no corresponde hacerlo desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; pues, en atención a la restricción de derechos que involucra, con efecto en las penas imponibles, debe pasar por el legislador y, si fuere el caso, adoptarse por medio de un cambio normativo, luego del debate democrático.

5.5 ARGUMENTOS DESDE LA MISMA LEY EN EL SENTIDO QUE EL ART. 349 C.P.P. NO APLICA AL SIMPLE ALLANAMIENTO A CARGOS

Desde **la misma ley** se infiere que los preacuerdos y los allanamientos son diferentes, ontológicamente y en sus consecuencias, aunque hacen parte del género de terminación anticipada del proceso penal.

En efecto, expresa el artículo 293 C.P.P. que «*Si el imputado por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación*» (se subraya). Esa «o» es disyuntiva, no copulativa.

La *oración coordinada* es un tipo de oración compuesta que está formada por dos o más oraciones unidas por conjunciones o por locuciones conjuntivas (conjuntos de palabras que funcionan como una conjunción).

La *oración coordinada copulativa* indica unión o suma y se caracteriza por estar unida mediante un nexo copulativo y la oración coordinada disyuntiva está formada por dos oraciones que se contradicen, unidas normalmente por la conjunción «o»⁴.

El artículo 61 del C.P., parte final, expresa que «*El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa*».

Lo dicho, porque en el allanamiento, que no es negociación, es el juez quien impone la sanción a través del sistema de cuartos de movilidad (Art. 61 C.P.). En el allanamiento, en cambio, la fiscalía ni la defensa fijan los cuartos de movilidad donde el sentenciador ha de imponer la sanción.

Expresa el mismo artículo 351 del C.P.P.:

«**Artículo 351. Modalidades.** La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación (...).

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. (...).

En el evento que la fiscalía (...) proyecte formular cargos distintos y más gravosos (...), **los preacuerdos deberán referirse a esta nueva y posible imputación**». (se subraya).

Según la norma hay una aceptación de cargos (unilateral, que es el allanamiento a cargos) y al lado **también** existe el acuerdo entre «*el fiscal y el imputado*».

Aunque esa «*igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada*»⁵ está referida a que, en la terminación anticipada del proceso penal, el género⁶ son las «*negociaciones*» y las especies⁷ corresponden a los «*acuerdos*» (preacuerdos) y los allanamientos (aceptaciones). El «*acuerdo*» no es el género.

La diferenciación igualmente se desprende de las expresiones utilizadas en los artículos 288 numeral 3, 356 numeral 5 y 367 numeral 2 del C.P.P.

Finalmente, expresa la Ley 1761 de 6 de julio de 2015 que regula el *Feminicidio*.

«**Artículo 5º Preacuerdos:** La persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar un medio del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias».

⁴ <https://open.books4languages.com/spanish-a1-grammar/chapter/oraciones-coordinadas-copulativas-y-disyuntivas/>

⁵ <https://dle.rae.es/tambien>

⁶ Según el DRAE: 1. m. Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes.

⁷ Según el DRAE: 1. f. Conjunto de elementos semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes.

Norma que claramente se refiere a las especies de allanamiento y preacuerdos, con consecuencias diversas.

5.6 ARGUMENTOS DESDE LA DOCTRINA EXPUESTA EN SALVAMENTO DE VOTO

El salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier, presenta los siguientes argumentos para demostrar que el canon 349 C.P.P. solamente se aplica a la negociación y no al simple allanamiento a cargos.

En la terminación anticipada del proceso penal, el género son las «negociaciones», las especies corresponden a los acuerdos (preacuerdos) y los allanamientos (aceptaciones). El «acuerdo» no es el género.

La acción a ejecutar en los verbos transitivos («celebrar» del Art. 349 C.P.P.), en el plano personal, no se revierte en el mismo que la ejecuta sino en otro, involucra al menos a dos personas, en este caso, al fiscal y al inculcado y su defensor, premisas estas que conllevan a caracterizar el preacuerdo como un acto de carácter bilateral, naturaleza propia del acuerdo o preacuerdo, de la que no participa el allanamiento o aceptación unilateral.

La aceptación o el allanamiento a cargos es un acto unilateral del inculcado o inculcado. Así lo estableció el legislador con autoridad al señalar en el artículo 283 del C. de P.P. que:

«Artículo 283. **Aceptación por el imputado.** La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga».

Las diferencias del allanamiento y el preacuerdo las marcan el momento procesal en que proceden, las facultades de cada parte, la citación o intervención de la víctima, la oportunidad procesal en que pueden estructurarse, el beneficio a obtener (rebaja de pena solamente en el allanamiento) y los ámbitos de movilidad para determinarlos (en los preacuerdos rebaja de pena, readecuación típica, eliminación de un cargo, etc.), la imposibilidad del fiscal para oponerse al allanamiento (que no existe en el preacuerdo), salvo afectaciones con trascendencia constitucional, la decisión del inculcado de naturaleza unilateral en los allanamientos y de carácter bilateral en los preacuerdos, además que el fundamento del preacuerdo es un acuerdo de voluntades, mientras que el allanamiento se estructura con una adhesión del inculcado a la imputación del fiscal.

El artículo 349 del C.P.P. es de carácter prohibitivo y por ende de aplicación restrictiva por el juzgador, y si se aplica al allanamiento a cargos será una analogía *in malam partem*.

El principio de legalidad está contemplado en el Art. 29 incisos 2° y 3° de la Carta; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 9°; Código de Procedimiento Penal, Art. 6°; Código Penal, Art. 6°, entre otras disposiciones.

Una de las prohibiciones que emana del principio de legalidad (*nulla poena sine lege*) es la **prohibición de analogía**, pues no es posible crear figuras penales, imponer penas y medidas de seguridad por vía analógica.

En el derecho punitivo, a diferencia de los demás sectores del plexo normativo, no es posible llenar lagunas y vacíos legales (ausencia de disposición legal) con base en normas semejantes, pues de esa manera podría lesionarse la seguridad jurídica, tenida como intangible por el Estado social y democrático de Derecho⁸.

La analogía, en palabras de la Corte Constitucional en sentencia C-083 de 1995, es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. Su justificación se encuentra en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la Ley. Su consagración dimana del artículo 230 de la Constitución.

Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como **analogía legis**, y se la contrasta con la **analogía juris** en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

En materia penal, la prohibición de la analogía no es absoluta.

En efecto, expresa la parte final del canon 6° del Código Penal:

«Artículo 6°. **Legalidad.** (...).
(...)
La analogía solo se aplicará en materias permisivas».

Postulado que también está contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.

De la anterior disposición se desprende:

Uno: Que en materia penal se excluye la aplicación en disfavor del reo: *in malam partem*.

Dos: Se permite la aplicación analógica en cuanto beneficia al procesado: *in bonam partem*.

La analogía como método jurídico que permite extender los efectos de la ley a un caso parecido no previsto en ella, conduce a la aplicación de la norma a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero similar a otros

⁸ Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal, parte general*, Primera edición, Universidad Sergio Arboleda y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2017, pp. 88-89.

que sí aparecen contenidos en el texto legal⁹, lo cual exige en el cuerpo normativo la existencia de la disposición que contenga hechos semejantes al que pretende ser abarcado por esta¹⁰.

La analogía es la relación de semejanza entre dos cosas distintas.

En sentido lógico corresponde a una forma de razonamiento o inferencia similar a un silogismo en la cual una de las premisas es esa relación de semejanza.

La relación de similitud ha de partir del estudio de las propiedades y finalidades de una cosa a fin de compararlas con la otra y establecer así los puntos en común en aspectos tanto cuantitativos, como cualitativos.

Denominada en latín *exemplum* o razonamiento por vía de ejemplo, es explicada mediante la siguiente fórmula; A es B; C es similar a A; Luego C es B.

Jurídicamente se la conoce con el aforismo *ubi eadem ratio; ibi eadem dispositio juris debet* («**donde existe la misma razón; deben aplicarse las mismas disposiciones de derecho**») y se traduce en atribuir a un caso no regulado el tratamiento de uno que si es abordado legalmente.

Entonces, bajo los principios fundantes de justicia y equidad, la analogía se constituye en una forma de razonamiento, de argumentación y valoración jurídica realizada con posterioridad al procedimiento interpretativo en el cual no se encuentra norma aplicable al caso en estudio, y que busca ante la similitud de elementos y características que un hecho no previsto por el legislador reciba el mismo tratamiento de uno expresamente regulado¹¹.

Recuérdese que el numeral 10 del artículo 55 del Código Penal, expresa que también es circunstancia de menor punibilidad: «10. *Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores*».

Disposición que permite, a no dudarlo, la aplicación analógica porque es en beneficio del procesado.

ANALOGÍA EN MATERIA PENAL	
Analogía <i>in malam partem</i>	Analogía <i>in bonam partem</i>
Prohibida en el ordenamiento jurídico penal.	Permitida expresamente en el ordenamiento jurídico penal (Art. 55 numeral 10, C.P.).

Así entonces, la ponderación, inherente a la aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización, se traduce en hacer efectivo el *principio pro homine*, en virtud del cual se coloca a la persona humana como valor superior, primero, torna efectiva la concepción antropocéntrica de la Carta Política, también llamada *dogmática ius humanista*, que se materializa frente a otros fenómenos jurídicos¹², tales como:

⁹ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, Parte general*, Quinta Edición, Barcelona, España, 2002, p. 86.

¹⁰ CSJ SP 5104-2017, rad. 40.282 de 5 abril 2017.

¹¹ CSJ SP rad. 26.136 de 26 agosto 2009.

¹² CSJ SP rad. 23.567 de 4 mayo 2005.

- 1) Limitar lo menos posible y sólo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal (***principio favor libertatis***).
- 2) Resolver la duda a favor del sindicado (***principio in dubio pro reo***).
- 3) Presumir la inocencia del procesado hasta que obre decisión definitiva ejecutoriada por cuyo medio se declare su responsabilidad (***principio de presunción de inocencia***).
- 4) No agravar la situación del condenado cuando tenga la condición de impugnante único (***principio non reformatio in pejus***).
- 5) Aplicar la analogía sólo cuando sea beneficiosa al inculcado (***analogía in bonam partem***).
- 6) Preferir en caso de conflicto entre distintas normas que consagran o desarrollan derechos fundamentales la que resulte menos gravosa en punto del ejercicio de tales derechos (***cláusula de favorabilidad en la interpretación de derechos humanos***).

No existe norma que imponga para el allanamiento su inviabilidad cuando no se repara por quien acepta cargos en los delitos que generan daño patrimonial a la víctima, por lo que hacerse extensivo los alcances del artículo 349 del C.P.P. al allanamiento es aplicar analogía, que no es dable hacer porque la materia de la prohibición que se estableció en el artículo 349 *ídem* está reservada a los acuerdos (preacuerdos) y no comprende los allanamientos.

5.7 CONCLUSIÓN

En el simple allanamiento a cargos no se debe exigir el cumplimiento del canon 349 del C.P.P., según lo expuesto y los argumentos de los distintos salvamentos de voto que se asumen como sustento de esta postura.

6. ES POSIBLE APARTARSE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL FIJADO EN ESTE TEMA POR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

6.1 TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En Colombia existen tres clases de precedentes de la Corte Constitucional, así¹³:

TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL		
OBLIGACIÓN ABSOLUTA (ART. 243 C. POL.)	OBLIGACIÓN SEMI ABSOLUTA O MEDIA	OBLIGACIÓN RELATIVA

¹³ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. *Estructura y aplicación del precedente judicial en Colombia*, en *Estándares jurisprudenciales sobre conceptos acusatorios*, (coord.), Peláez Mejía, José María y Mora Mayorga, Harry Fernando, Editorial Ibáñez y Universidad Libre, Bogotá, 2019, pp. 21-47.

<p>Norma jurídica o regla de derecho fijado mediante la <i>ratio decidendi</i> («<i>decisum</i>») de una sentencia de constitucionalidad. No es posible apartarse del mismo¹⁴. Son las sentencias tipo C.</p> <p>Una <i>obiter dicta</i> (dichos de paso) no es vinculante.</p>	<p>Es una regla jurídica donde se fija el alcance de derechos fundamentales, cuya producción surge en acciones de tutela. Son las sentencias tipo T y SU. Es la doctrina constitucional integradora¹⁵ y el caso análogo¹⁶. Es posible apartarse cuando (i) los hechos hacen inaplicable el precedente o (ii) hay elementos no considerados por el superior que permiten desarrollar más coherentemente la institución jurídica¹⁷.</p>	<p>Es una regla de derecho fijada mediante el empleo de una providencia judicial a través de la metodología de «caso análogo» o a través de la «<i>doctrina probable</i>» de la Corte Suprema de Justicia. Es posible apartarse siempre y cuando se cumpla (i) la carga de transparencia y (ii) la carga de argumentación¹⁸.</p>
--	--	---

Cabe mencionar el «**criterio auxiliar**» como razonamiento jurídico, proposicional o no, realizado por la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia **que no resulta vinculante** y del cual es posible apartarse sin ninguna motivación sobre el particular; es guía interpretativa en el mismo nivel de la equidad (Art. 230 de la C. Pol.)¹⁹.

Ahora bien, **antecedente y jurisprudencia** se refieren a «*aquellos análisis jurídicos, criterios interpretativos o efectiva interpretación que una sentencia aislada y no reiterada lleva a cabo sobre un derecho fundamental determinado o cualquier otro canon de índole constitucional que si bien constituye una herramienta útil para el análisis de las reglas sobre el entendimiento de los mismos, sus contenidos no resultan de manera alguna obligatorios en cuanto a su aplicación, sirviendo tan solo de un criterio auxiliar prescindible o guía hermenéutica para la toma de una decisión cualquiera*»²⁰.

Por su parte **precedente, jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente o integradora, jurisprudencia constitucional, y línea constitucional consolidada**, hacen referencia «*a aquella regla de derecho específica en torno al contenido y alcance de una disposición constitucional concreta que ha sido reiterada*

¹⁴ Es el enunciado normativo. Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 51. Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 162.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencias C-083 de 1995, T-125 de 1995, T-068 de 2000, T-292 de 2006, C-539 de 2011.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias T-1317 de 2001, T-292 de 2006.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencias T-566 de 1998, T-439 de 2000, T-569 de 2001, C-539 de 2011.

¹⁸ López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Segunda edición, Editorial Legis, Bogotá, 2008, p. 84 y ss.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, C-335 de 2008.

²⁰ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. *Estructura y aplicación del precedente judicial en Colombia*, en *Estándares jurisprudenciales sobre conceptos acusatorios*, (coord.), Peláez Mejía, José María y Mora Mayorga, Harry Fernando, Editorial Ibáñez y Universidad Libre, Bogotá, 2019, pp. 32-33.

de manera uniforme por la Corte Constitucional en la ratio decidendi de múltiples sentencias»²¹.

6.2 TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia **son siempre relativos** «*existiendo por ende la posibilidad jurídica de apartarse de los mismos si son expuestos argumentos suficientes y razonables que justifiquen dicha decisión*»²².

En Colombia existen dos clases de precedentes de la Corte Suprema de Justicia, así²³:

TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
DOCTRINA PROBABLE	CASO ANÁLOGO
Artículo 4º Ley 169 de 1896 ²⁴ . Los jueces pueden apartarse de la doctrina probable para lo cual « <i>están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia</i> » (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001). Se garantiza la autonomía e independencia judiciales.	Se trata de una sentencia con identidad fáctica e identidad del problema jurídico, que por principio de igualdad podrá ser utilizada como precedente ya que « <i>en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores</i> » ²⁵ .

La **doctrina probable** requiere cumplir los siguientes presupuestos: (i) que sea una regla general de derecho mediante la cual se haya interpretado la ley y no simplemente una subregla elaborada para solucionar un caso concreto, (ii) la regla extraída debió haber sido el fundamento jurídico de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, (iii) esta regla de derecho debe haber sido reiterada de manera uniforme en tres decisiones más por la Alta Corporación, y (iv) las subreglas que amplíen el alcance de la regla, excepcionándola para ciertas situaciones o precisándola en cuanto a su aplicación, al ser reiteradas de manera uniforme en tres decisiones de la Corte, se integrarán como regla y por ende constituirán doctrina probable²⁶.

²¹ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 33.

²² Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 40.

²³ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., pp. 40-41.

²⁴ «Artículo 4º. *Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*».

²⁵ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

²⁶ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

Una sola sentencia o auto de la Corte Suprema de Justicia no es precedente sino un mero criterio auxiliar «*del que es posible apartarse sin mayores consideraciones, salvo que se está empleando (...), según se acaba de explicar, bajo la metodología del caso análogo*»²⁷.

6.3 PRECEDENTE HORIZONTAL O DE PARES IGUALES

Los jueces distintos a las altas Cortes o Tribunales de cierre, no están obligados a aplicar el «*precedente judicial horizontal*», es decir, decisiones de sus pares, pues dichos funcionarios, en realidad, tienen que analizar la vinculatoriedad del «*precedente vertical*», en este caso, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁸, estando, sin embargo, atados a su *propio precedente*, pues su violación implica un problema de igualdad²⁹.

6.4 CONCLUSIÓN

Considera la Sala mayoritaria que se ha cumplido con los presupuestos para apartarse de la línea jurisprudencial trazada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en tema del Art. 349 del C.P.P. y el allanamiento a cargos.

En consecuencia, procederá a la detracción punitiva y a la redosificación de la pena en el *sub lite*.

7. MOMENTOS PROCESALES Y REBAJAS DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS

7.1 MOMENTOS PROCESALES Y REBAJAS DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS EN TRÁMITE ORDINARIO

El asentimiento voluntario del procesado sobre su responsabilidad en los hechos imputados, tiene como correlato, **por mandato legal y como regla general**, una rebaja de la sanción correspondiente al comportamiento delictivo, que varía de acuerdo con el estadio procesal en que tenga lugar la aceptación de los cargos³⁰.

Las oportunidades de allanamiento a los cargos son preclusivas.

En cada una de ellas se le plantea al procesado una disyuntiva: aceptar o no ser responsable de los hechos. Su opción o elección determina el procedimiento a seguir a continuación, así³¹:

²⁷ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-766 de 2008, T-443 de 2010.

²⁹ CSJ STP 14289-2022, rad. 126.866 de 20 octubre 2022.

³⁰ CSJ SEP 00062-2019, rad. 49.910 de 27 mayo 2019.

³¹ CSJ SP 1929-2018, rad. 52.624 de 30 mayo 2018.

Uno: Si el inculpado se allana en la formulación de la imputación: «(...) *se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al juez de conocimiento (...)*» (artículo 293 del C.P.P.).

En caso contrario, la Fiscalía conservará las opciones de presentar escrito de acusación, solicitar preclusión o aplicar el principio de oportunidad.

Dos: Si el acusado se allana en la audiencia preparatoria: «(...) *se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer (...)*» (artículo 356 numeral 5, del C.P.P.).

Empero, ante decisión en sentido opuesto: «(...) *se continuará con el trámite ordinario*» (se subraya).

Si al inicio del juicio oral el enjuiciado se declara culpable: «(...) *tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados*» (artículo 367 C.P.P.).

En cambio, si se declara inocente: «(...) *se procederá a la presentación del caso*» (se subraya).

Como se evidencia, la manifestación del procesado en los eventos mencionados es presupuesto de la actuación procesal subsiguiente y dependiendo de si corresponde o no a aceptación de responsabilidad, se seguirá el trámite anormal de terminación anticipada o se proseguirá con el ordinario.

La lógica de la justicia penal premial indica que habrá un momento de máxima utilidad del allanamiento y otro de ínfima o incluso nula utilidad de este. Eso corresponde definirlo al legislador.

Se puede diagramar el estadio procesal y la cantidad de rebaja así³²:

REBAJAS DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS SIN CAPTURA EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA		
Audiencia de imputación	Audiencia preparatoria	Audiencia de juicio oral (Interrogatorio al acusado)
Desde la tercera parte ($\frac{1}{3}$) o 33,33% y un (1) día ³³ hasta de la mitad o 50% (Arts. 288 inciso 3 y 351 inciso 1, C.P.P.)	Desde una sexta ($\frac{1}{6}$) parte (16,66%) y un (1) ³⁴ día hasta una tercera ($\frac{1}{3}$) parte o 33,33% (Art. 356 inciso 5, C.P.P.)	Fija de una sexta (16,66%) parte ($\frac{1}{6}$). (Art. 367 inciso 2, C.P.P.)

REBAJAS DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS CON CAPTURA EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA

³² CSJ AP 3308-2016, rad. 47.963 de 25 mayo 2016

³³ Para las penas principales y accesorias, CSJ SP, 2 diciembre 2008, rad. 30.684 y CSJ SP rad. 39.025 de 15 mayo 2013

³⁴ Para penas principales y accesorias: CSJ SP, 2 diciembre 2008, rad. 30.684; CSJ SP rad. 39.025 de 15 mayo 2013

Audiencia de imputación	Audiencia preparatoria	Audiencia de juicio oral (Interrogatorio al acusado)
Desde 8,33% y un (1) día hasta 12,5% ($\frac{1}{4}$ de la mitad)	Desde 4,16% y un (1) día hasta 8,33% ($\frac{1}{4}$ de la tercera parte)	Rebaja fija de 4,16% ($\frac{1}{4}$ de la sexta parte)

7.2 MOMENTOS PROCESALES Y REBAJAS DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS EN TRÁMITE ABREVIADO DE LA LEY 1826 DE 2017

Ante el fiscal se puede presentar la aceptación de cargos para lo cual se debe suscribir el acta correspondiente, los documentos se envían al juez de conocimiento, quien debe, en primer término, verificar que la aceptación de responsabilidad manifestada se realizó de manera libre, voluntaria e informada, como lo determina el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017, que incorporó el artículo 539 al Estatuto Procesal Penal Acusatorio.

Son dos las formas en que se puede surtir el traslado del escrito de acusación: (i) si la Fiscalía no va a solicitar la imposición de medida de aseguramiento, cita a su despacho al indiciado, a su defensa técnica y a la víctima, les hace entrega del pliego de cargos y realiza el descubrimiento probatorio, dejando constancia de ello en un acta, suscrita por los intervinientes en la actuación (artículo 13 de la Ley 1826 de 2017); y, (ii) si es procedente la imposición de una medida de aseguramiento, «(...) el Fiscal dará traslado del escrito de acusación al inicio de la audiencia (...)» (artículo 14 *ibidem*).

Así lo establece la norma en mención:

«Artículo 16. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 539, así:

Artículo 539. Aceptación de cargos en el procedimiento abreviado.

Si el indiciado manifiesta su intención de aceptar los cargos, podrá acercarse al fiscal del caso, en cualquier momento previo a la audiencia concentrada.

La aceptación de cargos en esta etapa dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena. En este caso, la Fiscalía, el indiciado y su defensor suscribirán un acta en la que conste la manifestación de aceptación de responsabilidad de manera libre, voluntaria e informada, la cual deberá anexarse al escrito de acusación. Estos documentos serán presentados ante el juez de conocimiento para que verifique la validez de la aceptación de los cargos y siga el trámite del artículo 447» (se subraya).

La verificación de la validez de la aceptación de cargos, al conllevar la renuncia de los derechos a guardar silencio y al juicio oral, es obligatoria y así lo determina el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 al señalar que el juez de garantías o el juez de conocimiento deberá realizarla **de manera imprescindible interrogando al imputado o procesado**.

Es decir, se requiere la presencia del implicado ante el juez de conocimiento, precisamente para esa verificación.

De esta manera lo establece el artículo en mención:

«Artículo 131. **Renuncia.** Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado».

Es obligatoria la presencia del procesado para el trámite del canon 131 del C.P.P., sí no está presente el acusado en la audiencia concentrada, el juez de conocimiento no puede impartir aprobación al allanamiento a cargos³⁵.

El juez conocimiento debe verificar que la autonomía de la voluntad fue expresada de manera libre, consciente y voluntaria, también debe llevar a cabo la comprobación del respeto a las garantías fundamentales, cuando la aceptación de cargos se hizo ante el fiscal del caso³⁶.

La situación anterior es muy diferente cuando el allanamiento se presenta ante el juez de control de garantías.

Las rebajas de pena por allanamiento en el procedimiento especial abreviado y acusador privado (Ley 1826 de 12 enero 2017), según el estadio procesal correspondiente, son así:

REBAJAS DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO Y ACUSADOR PRIVADO (LEY 1826 DE 12 ENERO 2017)		
Ante el Fiscal y antes de la audiencia concentrada del Art. 542 C.P.P.	Una vez instalada la audiencia concentrada (Acusación y Preparatoria) ante el juez de conocimiento	Una vez instalado el juicio oral y público
Desde la tercera ($\frac{1}{3}$) parte y un día hasta la mitad ($\frac{1}{2}$), según el Art. 539 inciso 2, C.P.P.	Desde una sexta ($\frac{1}{6}$) parte y un día hasta una tercera ($\frac{1}{3}$) parte (Art. 539 inciso 3, C.P.P.)	Rebaja fija de una sexta ($\frac{1}{6}$) parte (Art. 539 inciso 3, C.P.P.)

REBAJAS DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS CON CAPTURA EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO Y ACUSADOR PRIVADO (LEY 1826 DE 12 ENERO 2017)		
Ante el Fiscal y antes de la audiencia	Una vez instalada la audiencia concentrada	Una vez instalado el juicio oral y público

³⁵ CSJ SP 3748-2021, rad. 59.051 de 18 agosto 2021; CSJ SP 767-2022, rad. 60.633 de 16 marzo 2022.

³⁶ CSJ SP 9379-2017, 28 junio 2017, rad. 45.495; CSJ SP 1037-2020, 3 junio 2020, rad. 54.342; CSJ SP 3748-2021, rad. 59.051 de 18 agosto 2021; CSJ SP 767-2022, rad. 60.633 de 16 marzo 2022.

concentrada del Art. 542 C.P.P.	(Acusación y Preparatoria) ante el juez de conocimiento	
Desde 8,33% y un (1) día hasta 12,5% (¼ de la mitad)	Desde 4,16% y un (1) día hasta 8,33% (¼ de la tercera parte)	Rebaja fija de 4,16% (¼ de la sexta parte)

7.3 CONCLUSIÓN

En conclusión, se ha de aplicar la rebaja de pena que corresponda al estadio procesal donde se presentó la aceptación de cargos, en el *sub lite*, procede la rebaja desde 4,16% y un (1) día hasta 8,33% (¼ de la tercera parte).

8. LA CANTIDAD DE REBAJA EN ESTE ASUNTO CONCRETO Y LAS PARTICULARIDADES PROCESALES

8.1 INTENCIÓN CONSTANTE DE ACEPTAR LOS CARGOS ENDILGADOS

En acta de 30 de junio de 2021 ante la Juez 47 Penal Municipal con funciones de conocimiento se dejó la siguiente constancia:

«La defensa manifiesta que, aunque el proceso se surte con persona privada de la libertad, pero debido a conversación con el delegado fiscal y conociendo que en el proceso abreviado el momento procesal que tienen derecho de una rebaja hasta la mitad de la pena es esta, solicita el aplazamiento de la presente diligencia teniendo en cuenta que la intención de los procesados es terminar anticipadamente el proceso indemnizando los perjuicios y resarciendo el incremento patrimonial, comprendiendo que si no existe el resarcimiento del incremento patrimonial la opción de tener una rebaja por allanarse a los cargos sería ineficaz. Apenas a la fecha y en la presentación del fiscal se enteran de los valores tanto del incremento patrimonial como de los perjuicios, solicita un tiempo prudente para su reprogramación».

En la audiencia de 10 de noviembre de 2021 ante el Juzgado Cuarenta y siete Penal Municipal con funciones de Conocimiento, se deja la siguiente constancia:

«Se confirma la presencia de las partes. El Despacho manifiesta que en audiencia anterior se solicitó plazo por parte de la defensa con miras a hacer unos pagos en concreto a la víctima Coordinadora Mercantil sobre lo que fue objeto de incremento patrimonial. La defensa manifiesta que los perjuicios fueron ya cancelados, pero están pendientes del incremento patrimonial, toda vez que es suma elevada y quienes les están colaborando afuera se les ha hecho muy difícil conseguir el dinero. Es conocedor que la jurisprudencia es clara en cuanto no es posible sin el pago del incremento realizar alguna terminación anticipada que permita obtener algún descuento punitivo. Por lo que el día de hoy se debe continuar con la audiencia concentrada. El despacho le informa al

procesado sus derechos y le explica las consecuencias favorables y desfavorables de aceptar los cargos imputados. (06:55) El despacho les explica e informa nuevamente a los procesados sobre que tienen la posibilidad de allanarse a los cargos, pero no tendrían ningún descuento punitivo, toda vez que no se ha cumplido lo indicado en el art. 349 C.P.P.».

Como se puede observar, los justiciables estuvieron siempre dispuestos a obtener las rebajas punitivas que consagra la ley, primero, la del Art. 269 del Código Penal por virtud de la indemnización integral; segundo, por la vía de la aceptación de cargos, unilateralmente o por acuerdo con la fiscalía.

8.2 IMPOSIBILIDAD DE OBTENER REBAJA PUNITIVA CON FUNDAMENTO EN EL ART. 269 DEL C.P.

En este asunto no fue posible la indemnización de una de las víctimas del reato.

En ocasiones se presenta el delito de hurto con varias víctimas, ejemplo, el hurto calificado (por violencia mediante utilización de armas) y agravado (por la coparticipación criminal) cuando se lesiona el patrimonio económico de quienes van en el mismo bus.

Inicialmente podría pensarse que se trata de un concurso homogéneo o concurso monotípico o impropio, razón por la cual se debería dar aplicación al artículo 31 del Código Penal que regula la pena en el concurso de delitos.

Estos eventos son de aquéllos que Beling denomina como fenómeno de «**tipicidad reforzada**», en los que la conducta afecta coetáneamente bienes jurídicos idénticos de índole real pertenecientes a diversos titulares, en cuyo caso el delito es uno porque la impersonalidad del interés protegido induce a una sola subsunción típica³⁷.

Tal sería igualmente el caso en el cual MARIA sustrae varias reses de propiedad de PEDRO, de JUAN y de DIEGO; es decir, hay tres sujetos pasivos de la conducta delictiva de MARIA, pero a pesar de ello el delito es uno sólo «*porque el tipo legal que incrimina el hurto (art. 349 C.P.) solo exige la «ajenidad» de la cosa y este concepto no se predica del sujeto pasivo sino del actor; en otras palabras, lo que el legislador exige no es que la cosa sea de propiedad de PEDRO, JUAN o DIEGO, sino que no sea mía (para el ejemplo, que las cosas no sean de MARIA, se agrega), y no es mía cuando pertenece a otra u otras personas, sin que la unidad o pluralidad de titulares del bien afecte el requisito de la «ajenidad» (...)*»³⁸.

Cuando se trata de varias víctimas a quienes en un mismo contexto de acción les hurtan varios bienes, entonces se suma la cantidad total de lo hurtado para determinar la cuantía³⁹.

Ese hecho se comete en una misma unidad de tiempo o en un mismo contexto de acción; es decir, no fue en varias oportunidades u ocasiones, pues de ser esto último

³⁷ Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*, reimpresión de la sexta edición, Editorial Temis, Bogotá, 1969, p. 226.

³⁸ Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*, ob. cit., pp. 226-227.

³⁹ CSJ AP 3665-2022, rad. 61.278 de 3 agosto 2022.

el delito sería, ahí sí, hurto en concurso material.

Igual tesis es la que sostiene la doctrina⁴⁰ cuando señala que «*existe un solo robo, tanto si el sujeto con una sola acción se apodera de una moneda única, como si aprehende varias pertenencias al mismo o a diversos dueños. Los bienes o intereses jurídicos lesionados, están aquí tutelados despersonificadamente. La pluralidad de perjudicados no revierte en una pluralidad de delitos, aunque pueda ser trascendental para determinar (...) quiénes son los ofendidos*»⁴¹.

Ahora bien, el concepto de *acción* debe ser manejado por el derecho penal desde un punto de vista óptico (aquellas acciones finales previamente desvaloradas por el sistema penal), mientras que el concepto de *unidad de acción* deberá ser entendido en sentido jurídico⁴².

La teoría de la unidad de acción natural, sostenida en buena parte por la doctrina y jurisprudencia modernas⁴³, afirma la existencia de una unidad de acción natural cuando diversos actos homogéneos conformadores del curso de un mismo acontecimiento criminal progresivo está guiada por «*una unidad motivacional o final unitaria*» o una «*única voluntad unitaria*» o una «*misma voluntad de resolución ejecutiva para todos los hechos*» o «*una resolución volitiva unitaria*», que implica el desarrollo sucesivo de una misma unidad situacional objetiva llamada a incrementar el mismo injusto unitario⁴⁴.

Esa unidad global de sentido o la apariencia de unidad objetiva relevante desde la perspectiva jurídica, configurada por varias acciones únicas complejas con solución de continuidad y vinculación subjetiva, se verifica en la práctica mediante criterios metodológicos extensivos como la «*concepción natural de la vida*», el «*uso general del lenguaje de las acciones en la sociedad*», el «*sentido social del acto*» y la «*experiencia cotidiana*»; todo ello, a partir de la perspectiva de un observador social no partícipe según los usos sociales normales y «*en función del momento de valoración*»⁴⁵.

Hay entonces unidad natural de acción cuando se repiten los movimientos que vulneran una misma norma penal y que se repiten en un mismo espacio y están estrechamente vinculados. En esta «*dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción*»⁴⁶.

«Dicho en otros términos existirá unidad de acciones y no pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia plural, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero

⁴⁰ Jiménez Huerta, Mariano. *La tipicidad*, Editorial Porrúa S.A., México, 1955, pp. 361-362.

⁴¹ Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*, ob. cit., p. 227.

⁴² Sobre el concepto de acción puede consultarse la obra de Reyes Alvarado, Yesid. *El concurso de delitos*, Editorial Reyes Echandía, Primera edición, Bogotá, 1990, pp. 9-65.

⁴³ Posada Maya, Ricardo. *El delito continuado y concurso de delitos*, en Colección Ciencias Penales, Posada Maya, Ricardo y Montiel, Juan Pablo (dirs.), Bogotá, Ed. Uniandes - Ed. Ibáñez, Bogotá, 2011. El autor cita en pie de página 79: Sobre la recepción jurisprudencial en Alemania vid. Günter Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 4 auf., Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns, 2000, pp. 439 y ss. (Traducción al español: Derecho Penal, Parte General I, El hecho Punible, Tratados y Manuales, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti (trads. de 4ª ed. 2000), Thomson-Civitas, 2005; En la jurisprudencia española vid. STS 820 del 23.06.2005 (R.J. 2005-4147).

⁴⁴ Posada Maya, Ricardo. *El delito continuado y concurso de delitos*, ob. cit., p. 68.

⁴⁵ Posada Maya, Ricardo. *El delito continuado y concurso de delitos*, ob. cit., p. 69.

⁴⁶ Posada Maya, Ricardo. ob. cit. p. 70.

no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva, como una misma acción natural, careciendo de sentido descomponerlo, ni varios actos delictivos, por cuanto la acción delictiva solo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario y responde a la misma motivación»⁴⁷.

No resulta pertinente valorar cada acto complejo de manera aislada, como distintas formas imperfectas o perfectas del tipo, sino desde el punto de vista del conjunto de lo actuado en continuidad, bajo el mismo fin y con voluntad única. «*Por ello, si un ladrón realiza de forma voluntaria y planificada diversos apoderamientos similares en principio virtualmente divisibles —en conexión temporal estrecha— frente al mismo sujeto pasivo, o si se apodera de las carteras de los pasajeros que viajan en un mismo autobús, realiza una sola acción jurídica seriada que expresa la misma significación subjetiva y social de conjunto —el mismo fenotipo de hurto— y, por ello, una unidad de acción en sentido natural. Así, cuando el agente realiza una penetración vaginal, otra bucal y otra anal, divisibles entre sí, en el mismo contexto de acción, con el mismo dolo y con ánimo libidinoso, realiza una unidad de acción natural en sentido estricto según la concepción natural de la vida. Como lo advierte VALLE MUÑIZ: “[l]as constelaciones de «unidad de acción natural» comportan en todo caso una unidad valorativa acotada por el precepto correspondiente, de forma que no sólo excluyen la configuración de un concurso real homogéneo, sino que su hipotética concurrencia con el sustrato de otro tipo delictivo permitiría fundamentar un concurso ideal (que no real) de delitos” (...)*»⁴⁸.

Se realizan diversas acciones u omisiones independientes si los apoderamientos son efectuados en momentos diversos y sin ninguna conexión temporal, o la misma no es estrecha y razonable, y las conductas son heterogéneas, o es una conducta que representa una renovación del plan criminal precedente.

En conclusión, cuando se vulnera el patrimonio económico en los ejemplos inicialmente propuestos (asalto del bus, hurto de ganado que pertenece a varios propietarios, etc.) se presenta un solo delito de hurto, calificado y/o agravado según las circunstancias concretas del caso a examinar, y no un concurso material de delitos de hurto, y la cuantía es el monto total.

Así que como no se ha cumplido con los presupuestos del Art. 269 del C. Penal, es que no hay lugar a detracción punitiva por este aspecto.

8.3. SE HA DE REBAJAR EL 12,5%

Atrás se explicó:

REBAJAS DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS CON CAPTURA EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO Y ACUSADOR PRIVADO (LEY 1826 DE 12 ENERO 2017)		
Ante el Fiscal y antes de la audiencia concentrada del Art.	Una vez instalada la audiencia (Acusación y Preparatoria)	Una vez instalado el juicio oral y público

⁴⁷ Posada Maya, Ricardo. ob. cit. p. 70; en cita de STS de 10.02.2009 (R.J. 603-2009).

⁴⁸ Posada Maya, Ricardo. ob. cit., p. 72.

542 C.P.P.	ante el juez de conocimiento	
Desde 8,33% y un (1) día hasta 12,5% (¼ de la mitad)	Desde 4,16% y un (1) día hasta 8,33% (¼ de la tercera parte)	Rebaja fija de 4,16% (¼ de la sexta parte)

S bien es cierto que la aceptación de cargos se hizo **formalmente** en la audiencia concentrada, se deben resaltar los siguientes aspectos relevantes: (i) que luego de la audiencia de legalización de captura se buscó indemnizar plenamente a las víctimas; (ii) que antes de instalarse la audiencia concentrada, el defensor anunció que se buscaba indemnizar a los interesados; (iii) que se aplazó la audiencia concentrada para lograr la indemnización; (iv) que no fue una estrategia defensiva para dilatar el procedimiento, pues en efecto se logró la indemnización, al menos de una de las víctimas, pero **no se hizo lo mismo con la empresa Coordinadora Mercantil**, tampoco se logró obtener el dinero para el reintegro del incremento patrimonial; (v) instalada la audiencia concentrada se hizo la manifestación de aceptación de cargos aún con la advertencia que no se iba a obtener rebaja de pena alguna por no cumplimiento del canon 349 del C.P.P.

Así las cosas, considera la Sala que **materialmente** no se dio inicio a la audiencia concentrada, razón por la cual se reconocerá la rebaja máxima correspondiente al estadio procesal anterior, esto es, del 12,5% de la sanción imponible, pues la captura de los filiaos fue en situación de flagrancia.

9. REDOSIFICACIÓN DE LA PENA

Como se impuso a cada uno de los implicados una pena principal de ciento cuarenta y cuatro (**144**) meses de prisión tras hallarlos coautores penalmente responsables del delito de *Hurto calificado y agravado*, se ha de rebajar la pena en un 12,5%.

Lo anterior arroja un guarismo de **ciento veintiséis (126) meses** de prisión.

Así que se redosifica la sanción para imponer en contra de cada uno de los procesados una privativa de la libertad de prisión de **ciento veintiséis (126) meses**; por igual término será la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

9. SUBROGADOS Y PRISIÓN DOMICILIARIA

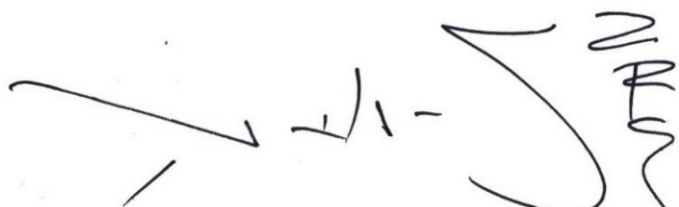
Sobre el tema, el despacho de primera instancia indicó: «*En el presente caso, no hay lugar a conceder la suspensión de la pena ni la prisión domiciliaria, atendiendo al contenido del artículo 68-A del C. Penal, modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014*».

Dichas razones objetivas son avaladas por esta segunda instancia, razón por la cual no hay lugar a subrogado penal ni prisión domiciliaria.

10. DECISIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** la sentencia proferida el 28 de enero de 2022 por la Juez Cuarenta y siete Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín que condenó a LUIS EVER BORJA ÚSUGA y CRISTIAN CAMILO CORREA ZAPATA, de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(ii) SE REDOSIFICA LA PENA** para imponer en contra de cada uno de los procesados una privativa de la libertad de prisión de **ciento veintiséis (126) meses**, por igual término será la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; **(iii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

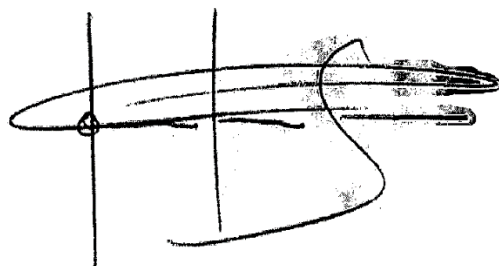
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SALVAMENTO DE VOTO POR PONENCIA DERROTADA
JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 05001-60-00206-2021-07116
Sentenciados: Luis Ever Borja Úsuga y Cristian Camilo Correa Zapata
Delito: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Salvamento de Voto
M Ponente: Nelson Saray Botero

De manera respetuosa con los magistrados que componen la Sala Mayoritaria expongo las razones por las que salvo el voto en la providencia por medio de la cual se redosifica la pena otorgando rebaja por allanamiento a cargos en favor de los ciudadanos Luis Ever Borja Úsuga y Cristian Camilo Correa Zapata, modificando así la sentencia proferida el 28 de enero de 2022 por la Juez Cuarenta y Siete Penal Municipal con Funciones de Conocimiento que los condenó, luego de su allanamiento a cargos pero sin rebaja alguna por ello en tanto no se dio cumplimiento al requisito de procedibilidad del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

El centro del disenso radica en que, para la Sala Mayoritaria, dicha norma no es aplicable a la figura de los allanamientos a cargos sino solo a los preacuerdos o negociaciones celebrados entre procesados y Fiscalía, lo cual considero desconoce el precedente reiterado de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia por las razones que a continuación expongo.

Frente al tema, la interpretación jurisprudencial de los mecanismos de justicia premial introducidos por la Ley 906 de 2004, ha transitado por la disyuntiva entre considerar el allanamiento a cargos como una forma o modalidad de acuerdo, o como figuras distintas entre sí, no equiparables.

Pues bien, claro está que la postura mayoritaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir del año 2017 con la expedición de sentencia SP14496⁴⁹ -y retomando la interpretación plasmada en Sentencia del 23 de agosto de 2005 con Radicado 21954, que el allanamiento y los preacuerdos son formas de acuerdo- de manera reiterada ha señalado que el allanamiento a cargos no es una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia, sino una modalidad de acuerdo bilateral entre la Fiscalía y el imputado, en el cual este acepta su

⁴⁹ Sentencia con Radicado 39831 del 27 de septiembre de 2017.

responsabilidad con el fin de obtener beneficios punitivos. Es así como al ser el allanamiento una forma de acuerdo, ello implica que en caso de delitos en los que el procesado haya obtenido un incremento patrimonial producto de la conducta punible, a efectos de lograr rebaja de pena por virtud del allanamiento a cargos se le debe exigir lo establecido por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal⁵⁰.

Lo anterior acogiendo la Corte, como ya se dijo, su postura del año 2005 en la que, a raíz de una pretendida equiparación entre las figuras de la sentencia anticipada contenida en la Ley 600 de 2000 y el allanamiento a cargos contemplado en la para entonces reciente Ley 906 de 2004, se explicó:

“en el novedoso sistema procesal la aceptación de cargos prevista en las citadas normas constituye, por regla general, un acuerdo bilateral, no unilateral como sucedía en el pasado régimen de sentencia anticipada, entre el fiscal y el imputado, evento en el cual se puede negociar el monto de rebaja punitiva, correspondiéndole al juez de conocimiento dictar la sentencia teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales.

En otras palabras, dentro del actual sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado” (Negrillas de la Sala)

Así, entre otras decisiones, en los AP 4884⁵¹ del 30 de octubre de 2019 y 50419⁵² de febrero de 2020, radicado 55166, se ha reafirmado esa postura de entender el allanamiento a cargos como una modalidad de los acuerdos bilaterales entre Fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos, al señalar que:

“Esta alternativa puede concretarse a través de dos opciones: allanándose a cargos, o negociando los términos de la imputación, sea para declararse culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que se elimine alguna causal de agravación punitiva, o un cargo específico, o se tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Acerca de estas dos formas de justicia premial, para lo que ahora es de interés, la Sala sostuvo en una línea jurisprudencial que se inició con la SP del 8 abril de 2008, Rad. 25306, que no había similitud entre allanamiento y preacuerdos, puesto que: “...en el allanamiento a cargos no se presenta ningún acuerdo entre

⁵⁰ “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”

⁵¹ Del 30 de octubre de 2019, Radicado 54954, MP Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁵² Del 19 de febrero de 2020, Radicado 55166, MP Luis Antonio Hernández Barbosa.

la Fiscalía y el imputado, y su aprobación no se halla condicionada a que previamente se acredite la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, o el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito..."

*Esta tesis se mantuvo hasta la SP del 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, **retomando la tesis de la SP del 23 de agosto de 2005, Rad. 21954, que allanamiento y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, según lo define la ley. A partir de esa premisa consideró que siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, sea que se trate de allanamiento o preacuerdo, se requiere reintegrar el 50% del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, en concordancia con lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.***" (Negrillas de la Sala)

Más recientemente el Órgano de Cierre se ratifica e insiste en que allanamiento y preacuerdo son especies de un mismo género y por lo tanto están sometidos a las mismas exigencias cuando el sujeto activo del delito obtiene incremento patrimonial derivado del mismo⁵³, aclarando que ambos modelos no se pueden concebir únicamente como el mecanismo para terminar anticipadamente el proceso, con el argumento de que la idea del sistema penal acusatorio es la de evitar ante todo y por todo el juicio oral, esos institutos no se pueden interpretar solo con base en efectos pragmáticos, que si bien son importantes y deseables, no son los únicos pues, el reconocimiento de las víctimas como actores centrales del proceso penal, implica que su interés es un elemento esencial en la interpretación de las disposiciones procesales.

En virtud de lo anterior se resalta que una de las finalidades de las terminaciones anticipadas del proceso es la de propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, de ahí que esa exigencia del reintegro patrimonial producto del delito no se limite a los preacuerdos, como lo sostiene el apelante pues, tal interpretación genera una desprotección a las víctimas, quienes por ley tienen derecho a una pronta e integral reparación del daño; con la aplicación analógica del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal se busca evitar el enriquecimiento de quienes obtienen provecho económico con el delito. E incluso advierte la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁴ que el desconocimiento del mandato contenido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal desacata el cumplimiento de las finalidades de la justicia anticipada.

Estoy en desacuerdo con la Sala Mayoritaria de sostener la tesis contraria según la cual quien se allana no está en la obligación de reintegrar lo ilícitamente percibido,

⁵³ CSJ SP287 del 9 de febrero de 2022, Radicado 55914.

⁵⁴ *Op. Cit.*

pues considero que ello envía un mensaje errado sobre la rentabilidad de la comisión de delitos contra el patrimonio económico, cuando se pretende que por la aceptación de cargos de quien obtuvo las ganancias económicas con su actuar ilícito, además de ello reciba beneficios punitivos como lograr una rebaja de pena bastante sustancial; sería tanto como dar a entender que tras delinquir y luego someterse a la justicia se puede generar una rentabilidad.

Considero entonces que la exigencia contemplada en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, constituye un presupuesto de validez tanto para preacuerdos como para allanamientos, sin que esto suponga un obstáculo para que quien desee allanarse a cargos sin el reintegro del incremento patrimonial lo haga, pero siempre y cuando haya sido debidamente informado que, bajo esas condiciones, no obtendría ningún tipo de rebaja de pena por la aceptación. Así lo ha señalado la Corte al precisar que:

“aunque no se satisfaga la exigencia del artículo 348 del C.P.P., la consideración jurisprudencial puesta de presente [refiriéndose a la sentencia de 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831] no impide la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, siempre que el imputado, como en todos los casos, esté debidamente informado sobre las reales consecuencias de su manifestación libre y voluntaria, entre las que se cuenta, en estos eventos, la no concesión de rebaja punitiva alguna”

Pues bien, tenemos que en este caso los procesados fueron debidamente informados de las consecuencias de la aceptación de cargos bajo las circunstancias en que lo hicieron. No devolvieron lo hurtado ni el valor de lo mismo pues si bien es cierto a una de las víctimas le pagaron \$900.000, dicho pago según se puede constatar en el recibo, es por concepto de reparación de perjuicios no como reintegro patrimonial fruto del delito y, además, a la otra víctima Coordinadora Mercantil tampoco se le reintegró el dinero. El apelante estaba completamente consiente de la postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pues en varias oportunidades solicitó aplazamiento de las audiencias dejando constancia de que sus prohijados pretendían allanarse, pero que sabía el requisito para obtener con ello rebaja de pena por lo que requirieron de tiempo para recoger el dinero sin que lo hubiesen logrado cabalmente.

Conforme se extrae de los hechos jurídicamente relevantes y según afirmó el ciudadano Carlos Andrés Martínez Valencia al momento de formular la respectiva denuncia, los procesados –junto con otro sujeto- se apoderaron de su celular

avaluado en \$700.000, más \$770.000 en efectivo de propiedad de Coordinadora Mercantil y dos cajas por valor total de \$268.000 también de la empresa; estos elementos no se recuperaron. Luego entonces lo hurtado a Coordinadora Mercantil asciende a \$1.038.000, valor que en modo alguno fue reintegrado, así como tampoco lo hurtado a Martínez Valencia pues, se itera, los \$900.000 que consignaron fue por concepto de reparación de perjuicios en su favor, no como reintegro. La Juez *a quo*, previo a aprobar la aceptación de cargos les repitió reiteradamente a los acusados que, de insistir en el allanamiento, no obtendrían ninguna rebaja e igualmente se allanaron por lo que considero que la sentencia impugnada no merece ningún reproche.

En conclusión, la Sala Mayoritaria considera que en el *sub judice* se cumplen los presupuestos para apartarse de la posición reiterada en la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal la Corte Suprema de Justicia frente al tema del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y el allanamiento a cargos, en el sentido de que cuando se trata de allanamiento debe exigirse para su procedencia que el imputado o acusado que hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del delito, reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente y que el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de acuerdos bilaterales entre la fiscalía y el imputado o acusado.

Considero con todo respeto que la interpretación de la Sala Mayoritaria deshumaniza el proceso y olvida a las víctimas y, de contera, olvida que el objetivo del proceso es la pronta y cumplida justicia, donde todos -y ese todos incluye a las víctimas-, participen en la resolución del conflicto penal. Permitir la obtención de beneficios sin el cumplimiento de los ordenado por el artículo 349 deja, al proceso penal sin resolver una de las aristas de la *litis*, generando una solución injusta e inequitativa que olvida el derecho a la reparación, imponiendo a la víctima una carga desproporcionada como es el que tenga que acudir a incidentes u otros procedimientos para buscar justicia en lo que tiene que ver con su detrimento patrimonial producto del delito cometido en su contra.

También olvida que las funciones de la pena, establecidas en el artículo 4° del Código Penal, entre las que se encuentran la prevención general y la retribución justa, en el sentido de que los asociados en un Estado social y democrático de derecho, deben ser conscientes de que si cometen un delito deberán responder por

él en todas sus esferas; como de manera coloquial se dice hoy, esta forma de resolver el conflicto envía el mensaje de que “*el crimen sí paga*”, lo cual se observa como una respuesta inadecuada que le resta legitimidad y credibilidad a la administración de justicia, cuando quien se enriquece ilícitamente con el delito, no está obligado a devolver lo criminalmente obtenido, convirtiendo así al delito en una fuente de enriquecimiento lícito del infractor de la ley penal.

En estos términos dejo consignado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado