



SALA PENAL

Medellín, veinticuatro de agosto de dos mil veintitrés.

Radicado: 05 001 60 00206 2022 00586
Procesado: Edwin Andrés Montoya Ríos
Delitos: Hurto calificado agravado
Asunto: Apelación de sentencia anticipada
(Proceso abreviado Ley 1826 de 2017)
Sentencia: Aprobada por acta 161 de la fecha
Decisión: Confirma —con salvamento de voto—
Lectura: Primero de septiembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

ASUNTO

Derrotada la ponencia inicial presentada en este caso, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión que tomó, el 21 de julio de 2022, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Envigado (Antioquia), de no reconocer descuento punitivo a EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS por la aceptación unilateral de responsabilidad —allanamiento— por no haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 349 del CPP.

1. HECHOS

De acuerdo con la acusación, el 13 de enero de 2022 aproximadamente a las 12:10 de la tarde, en la carrera 49 con calle 50, vía pública, Avenida Regional, sentido norte - sur del municipio de Envigado, EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS y otro sujeto, que huyó, se apoderaron de un bolso que contenía \$18.600.000 y un celular marca Motorola, negro, avaluado en \$500.000, de la empresa Conagrasas SAS, y un celular marca iPhone, negro, avaluado en \$3.000.000 y \$ 170.000 de Mariana Jaramillo Taborda.

El hurto se presentó cuando la señora Jaramillo Taborda, se dirigía a consignar el dinero de Conagrasas SAS —empresa donde labora— y fue abordada por

MONTOYA RÍOS, quien la intimidó con arma de fuego, la arrinconó a una reja y le dijo que no hiciera bulla o la mataba, le quitó el bolso y salió caminando a paso largo, luego llegó otro hombre en una motocicleta negra con azul, lo recogió, y ambos sujetos emprendieron la huida.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Envigado se legalizó, el 14 de enero de 2022, la captura —en flagrancia— de EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS y se le corrió traslado del escrito de acusación, endilgándole coautoría de Hurto calificado agravado (artículos 239, 240 inciso 2°, 241-10 del CP), cargos a los cuales **se allanó**, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Radicado el escrito de acusación correspondió al mismo Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín con Función de Conocimiento —con una juez diferente a la que dirigió las audiencias preliminares— despacho que el 14 de junio de 2022 instaló la audiencia de verificación de allanamiento, la cual se suspendió por solicitud de la defensa, de cara a asesorar al procesado, por haber asumido el caso un nuevo abogado, y concretar negociación con las víctimas para el reintegro.

El 6 de julio de 2022 se instaló nuevamente la audiencia de verificación de allanamiento y en ella, luego del saneamiento del proceso, se reconoció a Conagrasas SAS y a Mariana Jaramillo Taborda como víctimas y a la abogada de la primera se le otorgó personería jurídica. Al indagarse al procesado en torno al allanamiento a cargos reconoció que lo hizo de manera libre y voluntaria, sin ninguna coacción o amenaza y que no tuvo presiones, resaltando que su defensor anterior lo asesoró mal y que se sintió asustado, que ese abogado “*estaba era como para salirse de mi cuestión*” y que después “*la gente*” le manifestó que era mejor haber realizado un preacuerdo, que fue un error haber aceptado cargos.

Frente a lo anterior el juzgado de primera instancia manifestó que, luego de escuchar las intervenciones de las partes y el audio de la audiencia en la cual se corrió traslado del escrito de acusación al acusado y a su defensor, era procedente impartir legalidad al allanamiento a cargos, comoquiera que en aquella oportunidad el procesado manifestó que fue debidamente asesorado por su defensor y expuso que la aceptación de cargos fue libre y voluntaria, de allí que no admitió la funcionaria *a quo* la retractación del procesado.

El mismo día —6 de julio de 2022— se realizó también la audiencia de individualización de pena (artículo 447 del CPP) y el 21 de julio de 2022 se profirió la respectiva sentencia, de la cual se corrió traslado a las partes el 22 de julio de 2022, habiéndose presentado por la defensa recurso de apelación el 28 del mismo mes y año.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

Con fundamento en la aceptación de cargos la juez, una vez hizo alusión a los hechos, a la actuación procesal y a la responsabilidad en la conducta atribuida, declaró penalmente responsable a EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS por Hurto calificado agravado, imponiéndole una pena principal de 144 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria.

Explicó, frente a la rebaja por allanamiento a cargos:

“No obstante el allanamiento a cargos que hiciera el acusado en la audiencia en que se le corrió traslado del escrito de acusación, habiendo sido debidamente asesorado por su defensor de las consecuencias que implicaba su decisión, la pena tan alta que apareja la conducta endilgada y el hecho de que si no resarcía los perjuicios tasados por la víctima no se haría acreedor a ninguna rebaja, teniendo en cuenta los pronunciamientos realizados por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el allanamiento a cargos se asemeja a un preacuerdo, para que el procesado se haga merecedor a la rebaja por allanarse a cargos, debe cumplir con el pago al menos del 50% del monto de los perjuicios tasados por la víctima y respaldar debidamente el pago del otro 50%, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, es por ello que no se le reconoce al acusado rebaja alguna por el allanamiento a cargos”

Finalmente, se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por la expresa prohibición legal establecida en el artículo 68 A del CP.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Manifestó el defensor que, de acuerdo con los elementos materiales probatorios recaudados, se puede evidenciar que EDWIN ANDRÉS no tuvo incremento patrimonial por los hechos acaecidos el 13 de enero de 2022, puesto que después de perpetrado el hurto fue *“víctima de golpes por parte de la comunidad y de hurto de lo que se había apoderado anteriormente”*, lo cual quedó comprobado en la audiencia de verificación de allanamiento donde el fiscal indicó que el dinero se perdió *“y no fue demostrado que mi representado se hubiera quedado con él”*, tal y como se señaló en el informe de captura en flagrancia. Y no fue posible llegar a un

acuerdo con las víctimas porque el procesado y su familia son de escasos recursos económicos, solamente contaban con \$3.000.000, y no tenían más que ofrecer.

De otro lado, agregó el defensor que no desconoce el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a la exigencia en el allanamiento a cargos del reintegro que señala el artículo 349 del CPP, no obstante considera que el *ad quem* debe apartarse del mismo y aplicar otras providencias en las que se considera lo contrario, teniendo en cuenta que la mencionada Corporación no tiene criterio unificado al respecto y que el allanamiento a cargos es un acto unilateral mas no una negociación a la que se llegue con la Fiscalía, para así viabilizar los beneficios normativos y legales que sobre esta figura contempla el ordenamiento jurídico.

Considera el apelante que la judicatura no hizo un verdadero análisis del acerbo probatorio, porque de ser así se habría dado cuenta de que en el informe de captura el policía captor, que lo suscribió, *“manifestó que a mi defendido no se le encontró lo hurtado por consiguiente no obtuvo incremento patrimonial. Está claro que mi representado no se quedó con lo hurtado, por cuanto no hay ninguna posibilidad de incremento patrimonial con el hurto en mención, que es lo que nos indica el artículo 349 del CPP. Y que mi defendido fue inducido para la aceptación de cargos, tal y como lo manifestó en la audiencia de verificación de allanamiento”*.

Además, al no haberse reparado a las víctimas no debió legalizarse el allanamiento a cargos, tal y como lo manifiesta en varias jurisprudencias la Corte Suprema de justicia, pues los únicos beneficiarios con esa aceptación unilateral de responsabilidad penal son la judicatura y la Fiscalía General de la Nación, *“por lo que no pudo haber sido aceptado y en el transcurso del proceso mi representado pudo haber tenido más tiempo para poder buscar el dinero y realizar la respetiva indemnización a las víctimas”*.

Con sustento en lo anterior pretende, el recurrente, que se modifique la sentencia de primera instancia, para reconocerle a MONTROYA RÍOS hasta un 50% de rebaja de la pena a imponer al haberse allanado a los cargos *“por no habersele comprobado el incremento patrimonial en lo hurtado el día 13 de enero de 2022 a la ciudadana Mariana Jaramillo Taborda”* y, subsidiariamente, pretende que se decrete la nulidad de todo lo actuado por violación del debido proceso y del derecho de defensa *“al haber aceptado el allanamiento sin haber realizado la indemnización a las víctimas”*.

5. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la presente impugnación conforme lo dispone el artículo 34-1 del Código de P. Penal –Ley 906 de 2004– toda vez que la sentencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Envigado, que hace parte de este distrito judicial.

6. CONSIDERACIONES

La Sala determinará si EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS obtuvo incremento patrimonial con el Hurto calificado agravado por el cual fue acusado y si su aceptación de responsabilidad penal es susceptible de nulidad por vulneración de garantías fundamentales. De resolverse positivamente el primer planteamiento y negativamente el segundo, habrá de establecerse si acertó la funcionaria *a quo* al no reconocerle descuento punitivo por el allanamiento a cargos, porque no reintegró el 50% del incremento patrimonial obtenido con la conducta punible por la cual aceptó responsabilidad penal ni garantizó el pago del restante porcentaje —y por lo tanto procede confirmar tal decisión— o si, por el contrario, ha de modificarse lo decidido en el fallo de instancia por ser procedente dicho descuento punitivo.

En el *sub exámine* se advierte que de acuerdo con los hechos jurídicos relevantes plasmados en la acusación, el 13 de enero de 2022 EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS con otro sujeto, que huyó, despojó a Mariana Jaramillo Taborda de un bolso que contenía \$18.600.000 y un celular marca Motorola, negro, avaluado en \$500.000, de la empresa Conagrasas SAS, así como de otro celular marca iPhone, negro, avaluado en \$3.000.000 y \$170.000 de dicha señora, de acuerdo con lo cual se le endilgó el hurto de los elementos y valores indicados, sin que se haya revelado en la acusación que MONTOYA RÍOS no tuvo incremento patrimonial, por ejemplo porque lo hurtado hubiera sido recuperado. Por el contrario de lo que dan cuenta los elementos materiales probatorios es de que el compañero de causa de EDWIN ANDRÉS se dio a la fuga, y que lo robado no apareció. De ahí que no es cierto que los elementos materiales probatorios demuestren que al procesado *le fue hurtado* el botín del que había despojado a Mariana Jaramillo Taborda, Además es claro que el acusado, al aceptar los cargos tal cual se los dio a conocer la Fiscalía, admitió que los hechos ocurrieron como esta los expuso en el escrito de acusación del cual le corrió traslado.

Así las cosas, el cuestionamiento de la defensa frente a la presunta falta de incremento patrimonial que obtuvo el procesado, constituye en esta instancia una retractación implícita del allanamiento a cargos, que es improcedente al no haberse determinado, en este caso, vulneración de garantías fundamentales como

el derecho de defensa por defectos insalvables en la defensa técnica, pues dicho asunto por cierto ya fue zanjado en la primera instancia, ante la manifestación del procesado de haber sido indebidamente asesorado por su primer defensor y porque presuntamente “la gente” le manifestó que debió haber suscrito un preacuerdo y no allanarse a los cargos, habiendo respondido a la judicatura claramente EDWIN ANDRÉS que no fue coaccionado para aceptar los cargos y que lo hizo libremente.

Y al momento del traslado del escrito de acusación fue clara la juez de control de garantías en explicarle a EDWIN ANDRÉS las consecuencias jurídicas del allanamiento sin que hubiera reintegrado el incremento patrimonial obtenido, es decir la improcedencia de rebaja punitiva, inclusive fue pertinaz dicha funcionaria al indagarle si se consideraba debida y claramente asesorado por el defensor de ese entonces, al punto que este se enojó porque —en su criterio— no era necesario ser tan insistentes en este asunto, toda vez que él había cumplido cabalmente con su obligación, manifestado la juez al respecto que no dudaba de ello, pero que eso debía quedar muy claro para evitar inconvenientes futuros. De tal suerte que no se incurrió en vulneración de garantías fundamentales del procesado que conlleven a invalidar lo actuado, como escuetamente lo solicitó la defensa, sin argumentos suficientes.

Ahora bien, determinado que no es cierto que haya quedado demostrado que el procesado no obtuvo incremento patrimonial y que no hay lugar a anular lo actuado, es oportuno indicar que a EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS se le acusó por Hurto calificado agravado (artículos 239, 240 inciso 2° y 241-10 del CP), cargos a los cuales se allanó al corrérsele traslado del escrito de acusación, sin hacer el reintegro previsto en el artículo 349 del CPP, a pesar de habersele informado por la juez de control de garantías que no procedía rebaja punitiva por dicha aceptación unilateral de responsabilidad penal, de acuerdo con el precedente vertical al respecto.

De conformidad con la providencia de radicación 39.831 del 27 de septiembre de 2017, con ponencia del Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia varió su jurisprudencia, en cuanto a que el allanamiento a cargos debe entenderse como una de las modalidades de preacuerdo entre el imputado y la Fiscalía, de allí que la exigencia contenida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, atinente a que *“en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”*, debe hacerse

también a quienes acepten responsabilidad penal por allanamiento, pues claramente se expresó en tal decisión:

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

Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sino porque **es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004**”. (Resaltado y subrayado no originales)

Aunque la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha mantenido una postura pacífica sobre este punto, pues en sentencia de radicado 21.347 del 14 de diciembre de 2005, de la cual fue ponente el Magistrado Yesid Ramírez Bastidas dijo que, como modalidad de preacuerdo que es, la legalidad del allanamiento a cargos está condicionada a la verificación de la exigencia prevista en el artículo 349 del estatuto procesal penal, pero a partir de la sentencia 25.306 del 8 de abril de 2008, esa Alta Corporación cambió su posición para señalar que en los casos de aceptación unilateral de responsabilidad no era exigible tal requisito de procedibilidad, hasta llegar a la postura actual —establecida en la providencia 39.831 del 27 de septiembre de 2017— en la cual se retomó la inicial concepción.

En este orden de ideas, es evidente que la Corte Suprema de Justicia en la referida providencia hizo una labor unificadora de la jurisprudencia, que constituye un parámetro soportado en la razón de la decisión, en tanto resolvió con fuerza de cosa juzgada la exigencia del requisito de procedibilidad establecido en el artículo

349 del CPP en los allanamientos a cargos, y si bien en el caso que se analizó en esa oportunidad no era exigible dicha obligación, fue porque el allanamiento en ese proceso se aprobó conforme a la interpretación jurisprudencial vigente en ese entonces —que no vinculaba el allanamiento a cargos a las exigencias contenidas en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004—, sin embargo es clara la regla jurídica que se estableció a partir de la providencia 39.831 de 2017, reiterada en los radicados: 55.166 (AP 504-2020) y 55.914 (SP 287 de 2022), entre otros, en torno a que en los allanamientos, como modalidad de preacuerdos, debe verificarse el cumplimiento del reintegro que dispone el artículo 349 del CPP cuando ha habido incremento patrimonial para el sujeto activo de la conducta punible. Y no debe perderse de vista que *“la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas que hacen parte de la razón de la decisión, es decir aquellos que son inescindibles de la decisión sobre un punto de derecho”*¹

Así, esta Sala acoge mayoritariamente la directriz jurisprudencial contenida en la sentencia 39.831 de 2017, por estimarla acorde con la teleología y sistemática procesal de la Ley 906 de 2004, que incluye a los allanamientos en las modalidades de preacuerdos y negociaciones, y porque además de la finalidad que tiene el artículo 349 del CPP —de garantizar en el proceso penal la reparación de las víctimas— se pretende evitar que los sujetos activos de comportamientos punibles, aumenten injustificadamente su patrimonio como consecuencia de su actividad criminal.

De tal suerte que la aceptación unilateral de responsabilidad o allanamiento a cargos, según el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, es una modalidad de los preacuerdos o negociaciones, con lo cual, ninguna duda surge en cuanto a que para los allanamientos también es exigible el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 349 procesal. Lineamiento claramente trazado por la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia vigente, que ha sido acogido por esta Sala de Decisión mayoritariamente, como criterio unificador.

Así las cosas, cuando no se dé el reintegro establecido en el artículo 349 del CPP no es posible avalar el allanamiento a cargos como sucede en los preacuerdos, sin embargo atendiendo a que la aceptación de la responsabilidad penal de manera unilateral es un derecho reconocido en el artículo 8° literal I del C.P.P, debe impartirse legalidad al mismo aun cuando no se cumpla el mencionado reintegro, pero sin la aplicación del descuento punitivo que establece la ley en contraprestación de dicho acto.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil.

En este caso el procesado aceptó la responsabilidad penal a sabiendas de que no iba a ser beneficiado con el reconocimiento legal que consagra el allanamiento a cargos, al no haber realizado el reintegro que exige el artículo 349 del CPP. Es así como, habida cuenta de que según el escrito de acusación, el Hurto calificado agravado que se le atribuyó ascendió a la suma total de \$22.270.000, debió reintegrar \$11.135.000 a las víctimas, y garantizar el pago del valor restante, pero como no lo hizo no podía reconocérsele descuento punitivo, como acertadamente lo determinó la juez de instancia.

Entonces, existiendo un precedente frente al tema del reintegro, como requisito de procedibilidad —no solo de los preacuerdos sino además del allanamiento a cargos— el juzgador debe cumplir con la obligación de aplicarlo, en la medida en que ello garantiza el derecho que tiene todo ciudadano a la igualdad de trato en la interpretación y aplicación de la ley dentro de la actividad judicial, como también a la seguridad jurídica de cara a la misma.

Y al considerarse apropiada la tesis actual preponderante en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en tanto no es caprichoso considerar que el reintegro debe operar también en los allanamientos a cargos, al ser estos una modalidad de los preacuerdos, de conformidad con lo previamente expuesto —se insiste en que se acoge dicha tesis—, de ahí que se considera acertada la determinación de la funcionaria *a quo* de no reconocer a EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS descuento punitivo por allanamiento a cargos, al no haber cumplido el requisito de procedibilidad exigido para ello.

No puede perderse de vista que el precedente judicial es de inmediata aplicación y no admite el principio de favorabilidad, pues una vez proferido debe recurrirse al mismo para la solución de los casos a resolver en adelante, independientemente de la fecha de ocurrencia de los hechos. Al respecto, señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

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

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

*En primer término, la asimilación que hace el impugnante entre derecho legislado y precedentes judiciales, de cara a la aplicación del principio de favorabilidad, es inaceptable, porque **una cosa es el fenómeno de tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas***

que regulen de manera diferente un mismo asunto, y otra muy diferente que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria varíe la interpretación de un determinado precepto por considerarla errónea, tal y como sucedió en este caso. (Resaltado fuera del texto original)

*Sobre la posibilidad que tiene la Corte Suprema de Justicia de variar el precedente judicial por la razón atrás indicada, la Corte Constitucional ha precisado que el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. **Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro**². O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas pueden haber sido útiles y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. (SU-047/99, reiterada en C-836 de 2001).» (CSJ ST, 13 jul 2016, rad. 48257)*

Entonces es conforme a derecho continuar dando aplicación a la actual postura jurisprudencial aludida, y no a una que en anteriores oportunidades sostuvo la Corte Suprema de Justicia, pues es claro que en materia de interpretación jurisprudencial no aplica la favorabilidad, de ahí que habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, en cuanto fue objeto de apelación.

Finalmente, es oportuno precisar que la judicatura incurrió en un yerro, insustancial, pero técnico, al indicar que el porcentaje de reintegro exigido al procesado es por la reparación a las víctimas, porque ello no es cierto, toda vez que el reintegro del artículo 349 del CPP se refiere al incremento patrimonial que el acusado obtuvo con el ilícito, mientras que la reparación a las víctimas implica la restitución del objeto material del delito o su valor y el pago de los perjuicios o daños ocasionados a los perjudicados con la conducta punible desplegada, ello de cara a la precisión y claridad que deben tener las sentencias judiciales y a la técnica que en tal sentido debe manejarse.

En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

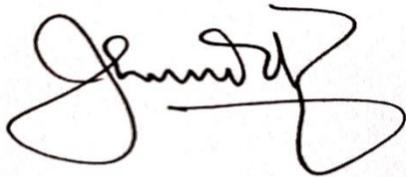
RESUELVE

«² Negrillas fuera del texto original.»

PRIMERO CONFIRMAR, en cuanto fue objeto de apelación, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Envigado, el 21 de julio de 2022, contra EDWIN ANDRÉS MONTOYA RÍOS.

SEGUNDO Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
Magistrado
(Con salvamento de voto)

LC

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 05001 60 0206 2022-00586

Procesado: Edwin Andrés Montoya Ríos

Delito: Hurto calificado agravado

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ortiz Gómez

Salvamento de voto: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

SALVAMENTO DE VOTO

Derrotada la ponencia por la Sala mayoritaria, me permito presentar los argumentos que en ella expuse para que se modificara la decisión del juez de instancia, respecto a que no debió negarse la rebaja de pena por allanamiento, pese a no haberse acreditado el cumplimiento de lo contenido en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, por las siguientes razones:

Según el marco normativo previsto en la Ley 906 de 2004, el allanamiento a cargos es un acto de conformidad y especie de capitulación del procesado frente a la pretensión punitiva estatal, constituye una expresión unilateral de voluntad, que se puede expresar en específicos momentos del decurso procesal con efectos diferentes, a partir de que se haya consumado el acto de comunicación que implica la imputación y hasta que en el juicio oral el acusado es interpelado por el juez para que manifieste si se declara inocente o culpable.

En cambio, la negociación entraña la confluencia de voluntades, que se cristaliza en un acuerdo, sobre el cual hay un amplio abanico de posibilidades que los artículos 350 y 351 consagran, tanto de rebajas porcentuales dependiendo del momento procesal y en atención a la capacidad negociadora del representante del ente acusador para ofrecer una pena acorde a la mensura que haga al desgaste de jurisdicción. También se puede eliminar alguna causal de agravación o algún cargo específico o

tipificar la conducta acudiendo a circunstancias modificadoras de la punibilidad para ofrecer un tratamiento punitivo más benevolente.

Es por eso, que en materia tan sensible como es la de equiparar estos dos institutos, en punto a una interpretación restrictiva y desfavorable para el procesado, debe primar la exégesis del texto legal para no dar cabida a interpretaciones extensivas o analógicas *in malam partem*; y en este sentido, si el artículo 349 CPP establece que no proceden los *acuerdos o negociaciones* con el imputado o acusado cuando el sujeto activo del delito hubiese obtenido incremento patrimonial que es fruto del mismo, si no ha reintegrado al menos la mitad de este y asegurado el recaudo del remanente, luego no cabe entender que la restricción está comprendiendo otra forma de justicia premial que es la conformidad o allanamiento a cargos, que ni es negociación ni es acuerdo, así pudieran en ciertos casos ir de la mano.

Textualmente, la norma prescribe:

“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”.

El instituto de los **preacuerdos y negociaciones**, está regulado en el código procesal penal (Ley 906 de 2004) en el Libro III, Título II, capítulo único, y a consecuencia de una deficiente redacción del artículo 351 se asume, por un sector de la judicatura nacional, que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de negociación. Así, la Corte Suprema de Justicia, en viraje jurisprudencial destacó:

“Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar

*ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales **debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 (negritas fuera del texto)***¹.

Tal postura está inspirada en el propósito de evitar que quienes obtienen réditos económicos de su delincuencia puedan acceder a beneficios de rebaja de pena, en previsión de que se pueda ver afectada la garantía de reparación, como uno de los pilares de la tríada en que se asienta el derecho de las víctimas.

Sin embargo, tenemos que recordar que: **i)** el espacio en el que el derecho de las víctimas alcanza su cénit es en el incidente de reparación integral; **ii)** tras el allanamiento a cargos, el juez para racionalizar el ejercicio sancionador debe mensurar criterios de proporcionalidad y ponderar aspectos como el daño causado, por lo que es a él a quien en un allanamiento puro y simple, esto es, aquel en el que la fiscalía no participa para pactar la pena, pilar en el que se soporta la especie de negociación que, a la luz del inciso primero del artículo 351 CPP reside solo en la aceptación de cargos y la fijación de pena conforme a los topes de rebaja; **iii)** el allanamiento sin siquiera un incentivo mínimo reflejado en el quantum punitivo es una quimera, así que las talanqueras legislativas y jurisprudenciales que lo limitan como mecanismo de justicia premial y de abreviación del proceso, han impactado negativamente el funcionamiento del sistema penal de corte acusatorio que nuestra judicatura, de la mano de todos los actores del proceso se ha empeñado en desarrollar, como esclusa principal de las causas penales que por vía ordinaria no son expeditas, generando congestión y amenazando el colapso de un sistema de juzgamiento que se promocionó bajo la promesa y la expectativa de que estos mecanismos permitirían evacuar el grueso abrumador de los procesos².

¹ CSJ. Sentencia SP 14496 del 27 de septiembre de 2017, radicado 39831

² El ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Luis Antonio Hernández, en su intervención del martes 13 de septiembre, defendiendo la postura que fue puntal del cambio jurisprudencial generado en la alta corporación desde

Ha de precisarse que esta postura que se defiende no es insular, como lo demuestran los aportes que desde la misma Corte Suprema de Justicia se han hecho a través de salvamentos de voto, como el presentado por el magistrado Jerson Chaverra frente a la sentencia de segunda instancia SP287-2022, radicado 55914 del 9 de febrero de 2022, así:

“Para efectos de esa negativa parte la providencia del supuesto según el cual allanamientos y preacuerdos son especies del mismo género y aunque en principio resulte acertado así afirmarlo porque en verdad se trata de formas de terminación anticipada del proceso, mal puede seguirse de eso que uno y otro instituto son idénticos o asimilables cuando desde la misma ley se han señalado sus diferencias, con relación a las cuales me remito a las consideraciones que en igual vía he formulado en asuntos similares”.

Y agrega:

“Pero más allá de comprender que ontológicamente allanamiento y preacuerdo son entidades jurídicas diversas que, aunque persiguen el mismo fin, parten de supuestos diferentes, también entiendo que la aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, tal como lo viene haciendo la tesis mayoritaria, entraña la omisión de elementales parámetros de hermenéutica”.

“Es decir, a pesar de que el artículo 349 de la Ley 906 emplea la expresión “acuerdo”, la Sala mayoritariamente ha desatendido su tenor literal, su sentido natural y obvio y la orientación jurídica para extenderla a expresiones unilaterales como los allanamientos a cargos, sin sopesar que, desde luego, el sentido natural y obvio de éstos excluye la concurrencia de un acuerdo, o de un negocio entre Fiscalía y procesado”.

“A partir de ese equivocado entendimiento, asimila por analogía preacuerdo y allanamiento, o que este es una especie de aquel, aunque se reconozca que son dos especies del mismo género, para imponer al segundo, por vía de esa interpretación, una restricción que legalmente no le corresponde, lo cual equivale a decir, tratándose de norma de efectos sustanciales en cuanto prevé una rebaja punitiva, que se hace una interpretación in malam partem, proscrita en nuestro ordenamiento”.

De contera, expresa:

“Que se rebaje la pena a quien se allana a cargos sin restituir la cantidad mencionada del acrecimiento económico obtenido con el punible, no comporta desmedro alguno en los derechos de los ofendidos, ni significa que el Estado o las propias víctimas deban renunciar a la obtención de la condigna reparación del daño sufrido. El allanamiento en las condiciones dichas, como el preacuerdo en las del artículo 349, no es incompatible con la reparación integral”.

Al respecto, también ha de resaltarse lo indicado por el Dr. Nelson Saray Botero, Magistrado de esta Corporación en decisión emitida el 10 de febrero de 2023 dentro del radicado 2010-02750:

“...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 nexos copulativo y la oración coordinada disyuntiva está formada por dos oraciones que se contradicen, unidas normalmente por la conjunción «o» .

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» está referida a que, en la terminación anticipada del proceso penal, el género son las «negociaciones» y las especies 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 Femicidio.

«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».

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

Ahora, en la sentencia SP287 de 2022, la Corte Suprema de Justicia, a través de ponencia de la entonces magistrada Patricia Salazar Cuéllar, *in extenso*, no solo analizó las diferencias entre las dos formas de justicia premial, la consensuada y la unilateral, sino que expresó sus reparos a los fundamentos por los cuales se aduce, conforme a la tesis prevaleciente, que a la aceptación de cargos unilateral le es aplicable la restricción prevista en el artículo 349 CPP, indicando al efecto:

“Sobre esto último, debe tenerse presente que: (i) aunque en todos los casos debe procurarse la reparación a las víctimas, la misma no constituye un requisito del sometimiento a una condena anticipada, bien por la vía unilateral o mediante un acuerdo; (ii) tal y como se indicó, el

legislador le dio la potestad a la víctima de aceptar lo acordado en materia de reparación o, en su defecto, buscar la reparación a través de las “vías judiciales pertinentes”; y (iii) ello guarda armonía con la regulación de otra de las formas de terminación anticipada del proceso penal (principio de oportunidad), pues solo algunas de sus causales tienen como requisito estructural la reparación a las víctimas, aunque, en todo caso, este objetivo debe procurarse en la mayor proporción posible”.

Agregó,

“Aunque el incremento patrimonial producto del delito y el daño causado a la víctima pueden coincidir en algunos casos, es claro que se trata de conceptos diferentes, toda vez que: (i) es posible que se causen daños a la víctima, sin que el sujeto activo haya tenido un incremento patrimonial –por ejemplo, un homicidio culposo, lesiones causadas en medio de una riña, la violencia ejercida en contra de los familiares, entre muchos otros; y (ii) es posible que el daño causado a la víctima exceda el incremento patrimonial “producto del delito” –también a manera de ejemplificación, lo mató, porque le pagaron cien mil pesos para hacerlo, pero le causó a los familiares un daño que supera ampliamente esa suma-; etcétera”.

De contera, puntualizó:

“Esta distinción es importante, porque las consecuencias jurídicas de la reparación a las víctimas y la devolución del incremento patrimonial “producto” del delito son muy diferentes”.

Lo anterior para significar que la negativa de otorgar beneficios derivados de la simple aceptación unilateral de cargos (sin negociación) radica en una interpretación analógica de la ley instrumental penal, en su artículo 349 CPP, que viola elementales principios que entroncan con otros de raigambre constitucional, como es la prohibición de interpretaciones analógicas desfavorables en materia penal.

En este sentido, teniendo el juzgador a cargo mensurar cuál rebaja resulta justa, proporcional y adecuada, en punto a las funciones que la pena debe cumplir, entre ellas la de retribución justa, y valorando aspectos como la dañosidad de la conducta, tendría el criterio para otorgar rebajas, entre los topes que consagran los artículos 351, inciso primero, 356- numeral 5° y 367 CPP, no pudiendo dejar de considerar si el procesado se puso a tono con los derechos de la víctima, mediante gestos resarcitorios o indemnizatorios; pues si no hubo de hacerlo, tendrá que mezquinarle las rebajas más amplias a las

que aspire y otorgarle, por plegarse a la pretensión punitiva del Estado, el mínimo legal previsto.

Así las cosas, no debió negarse la rebaja de pena por allanamiento a cargos, pese a que no se verificó el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, lo que no desprotege ni burla a las víctimas, que tendrán en el incidente de reparación integral, subsecuente, la oportunidad de obtener reparación o resarcimiento; a más de que, quedando por cuenta del juez establecer los criterios dosimétricos de pena, (en lo que también se difiere con la figura de los preacuerdos), deberá sopesarse la serie de factores para una adecuada fundamentación cuantitativa y cualitativa de la pena, teniendo en cuenta si se expresó o no voluntad alguna en consideración a la víctima, a fin de resarcirla.

En ese sentido, la decisión apelada debió modificarse, y si bien el criterio acogido impone apartarse de la línea jurisprudencial dominante trazada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, también lo es que se cumple en este caso con el deber de exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos de la presente decisión, recordándose lo que en este punto se explicó en la aludida sentencia emitida por este Tribunal, así:

*“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»³.*

En Colombia existes dos clases de precedentes de la Corte Suprema de Justicia, así⁴:

TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
DOCTRINA PROBABLE	CASO ANÁLOGO
<i>Artículo 4º Ley 169 de 1896⁵. Los jueces pueden apartarse de la doctrina probable para lo cual «están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que</i>	<i>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 «en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades</i>

³ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 40.

⁴ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., pp. 40-41.

⁵ «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».*

<i>justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia» (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001). Se garantiza la autonomía e independencia judiciales.</i>	<i>constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores»⁶.</i>
--	--

*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 probable⁷.*

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»^{8, 9}.

En esos términos, dejo sentada mi posición al respecto.



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Magistrado

⁶ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.
⁷ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.
⁸ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.
⁹ Decisión del 10 de febrero de 2023, radicado 2010-02750. MP. Nelson Saray Botero.