



SALA PENAL

Medellín, diecinueve de septiembre de dos mil veintidós

CUI: 05001 60 00248 2012 02388
Procesado: Juan Fernando Acevedo Marín
Delitos: Peculado por apropiación, peculado culposo, peculado por uso y prevaricato por omisión
Asunto: Apelación de sentencia anticipada
Sentencia: Aprobado por acta 143 de la fecha
Decisión: Confirma
Lectura: 23 de septiembre de 2022.

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

1. ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por la defensa técnica contra la sentencia anticipada que profirió el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín el 9 de septiembre de 2020, por la cual condenó a JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, de conformidad con su aceptación unilateral de cargos, como autor de: i) Prevaricato por omisión (art. 414 C.P.) casos 2012-12290 y 2012-02388, este último en modalidad de delito continuado; ii) Peculado culposo (art. 400 C.P.) —concurso de 9 eventos—, caso 2012-02388, iii) Peculado por uso (art. 398 C.P.) —concurso 2 eventos— caso 2012-02388 y de manera continuada en el caso 2012-12290, y (iv) Peculado por apropiación (art. 397 C.P. inciso 3) —concurso de 9 eventos— caso 2015-02716.

2. HECHOS

Retomándolos de la sentencia condenatoria se trata de tres actuaciones penales diferentes adelantadas contra el señor ACEVEDO MARÍN, dos de las cuales se *conexaron* al proceso de radicado 05001 60 00248 2012 02388 (matriz). Las otras dos, corresponden a los radicados 05266 60 00203 2012 12290 y 05001 60 00248 2015 02716, de las cuales venían conociendo los juzgados 25 y 16 Penal del Circuito de

Medellín, respectivamente. Por tanto, los hechos se relacionan según cada expediente, de la siguiente manera:

2.1. Caso 1: 05001 60 00248 2012 02388 (matriz).

De conformidad con el escrito de acusación, entre el 9 de febrero y el 20 de mayo del 2011, JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN fue designado —como auxiliar de la justicia— en calidad de secuestre, en 13 procesos de cobro coactivo que adelantó la DIAN sobre muebles e inmuebles embargados para su posterior avalúo y remate. Una vez posesionado y materializadas las diligencias de secuestro, la DIAN tuvo dificultades por su negativa a devolver los bienes y falta de rendición de cuentas sin justa causa, desconociéndose el paradero de estos, pese a múltiples requerimientos, no solo durante su gestión sino luego de haber sido relevado del cargo por el incumplimiento de sus funciones. Estos asuntos fueron:

No	Acta y fecha de secuestro	Identificación del bien	Contribuyente
1	201102370000021 del 09/02/2011	Automóvil Chevrolet Sprint modelo 1995 de placa LAJ 888	Eduardo de Jesús Gómez Escobar
2	20110242900177 del 27/12/2010	Automóvil Renault Twingo modelo 2007 de placa FVC 843	Leidy Yesenia Herrera Ospina
3	201102370000051 del 02/03/2011	Retroexcavadora marca Caterpillar modelo 1995 de placa FLY 99	Hernando Mesa Triana
4	201102370000038 del 23/02/2011	Locales comerciales 402 y 403 Edificio Central de Medellín, matrícula 01N-228496	Marta Vilma Acevedo Yepes
5	201102370000031 del 15/02/2011	Automóvil Chevrolet Aveo, modelo 2006 de placa FCS 667	Viviana Zuluaga López
6	201102370000077 del 11/04/2011	Automóvil Renault Sedan Symbol, de placa MMZ 208	Ana Ramírez González
7	201102370000099 del 20/05/2011	Automóvil Renault de placa MNQ 310	Marleny Henao Restrepo
8	201102370000049 del 02/03/2011	Motocicleta Skyngo, modelo 2006 de placa RME 98 ^a	Afrey Ruiz Arrieta
9	201102370000048 del 02/03/2011	Motocicleta Yamaha, modelo 1996 de placa ENQ 60 ^a	Carlos Eduardo Castro Agudelo
10	201102370000053 del 02/03/2011	Motocicleta Honda, modelo 2001 de placa FKJ 22	Jorge Echeverry Hernández
11	201102370000025 del 11/02/2011	Camioneta Mitsubishi de placa MLG 706	Samuel Antonio Quintero Ríos
12	201102370000050 del 02/03/2011	Camioneta Mazda de placa TIZ 012	Ingeniería del Aire y la Refrigeración E.U.
13	201102370000053 del 02/03/2011	Garaje primer piso transversal 39B No, 72.117 Edificio Lámparas Novaluz de Medellín	Marina Vargas Álvarez

Los anteriores bienes se confiaron a JUAN FERNANDO en razón a sus funciones, como secuestre y, su culpa dio lugar, por no informar oportunamente dónde se encontraban depositados o parqueados los automotores, a que estuvieran extraviados para la DIAN y ello generó gastos mayores en el pago de parqueaderos, sin poderse

localizar en algunos eventos, y hacer los correspondientes avalúos y remates, generándose un peculado culposo respecto a los automotores de placas LAJ888, FLY99, FCS667, MMZ208, MNQ310, RME98A, ENQ60A, FKJ22 y MLG706.

Con relación al vehículo Renault Twingo, modelo 2007, de placas FVC843, de la contribuyente Leidy Yesenia Herrera Ospina, afirmó la Fiscalía que el 19 de abril de 2012 fue inmovilizado por la Policía Nacional, y el mencionado secuestre incurrió en un uso indebido —en tanto fue sorprendido transitando por la carrera 51 con calle 57 de la ciudad de Medellín— cuando este bien debía permanecer en un parqueadero mientras se hacía el avalúo y remate. Igual situación ocurrió el 8 de mayo de 2012 en el municipio de Envigado con la camioneta marca Mazda de placa TIZ 012 modelo 1997.

Entre el 9 de febrero de 2011 y el 17 de diciembre de 2014, el señor ACEVEDO MARÍN omitió de manera continuada, a título de dolo, varios actos propios de sus funciones como rendir informes mensuales de su gestión y cuentas sobre la ubicación y estado de los vehículos, omisión que generó a la DIAN y a los correspondientes contribuyentes varios inconvenientes —por no saber el paradero de los bienes, no rendir las cuentas solicitadas, no hacerse a tiempo las diligencias de avalúo y remates, entre otras cosas— exigencia que es regulada en el art. 51 del Código General del Proceso en su inciso final, según el cual, en todo caso, el depositario o administrador dará al juzgado informe mensual de su gestión, sin perjuicio del deber de rendir cuentas, y el art. 52 de la misma obra, atinente a que el secuestre —como depositario— tiene bajo su responsabilidad la custodia de los bienes que se le entreguen y, con previa autorización, para el buen desempeño del cargo, podrá designar los dependientes que requiera y asignarles funciones.

2.2. Caso 2: 05266 60 00203 2012 12290

De conformidad con el escrito de acusación, JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, fungió como secuestre, designado el 17 de junio de 2011 dentro del proceso ejecutivo 05001 40 03020 2009 01183, promovido por la Empresa Chevy Plan S.A., en contra de Jesús Mauricio Pamplona Suarez y Lina Marcela Garcés Zapata, tramitado en el Juzgado 20 Civil Municipal de Medellín, según diligencia que se realizó ante la Inspección de Secuestros de la Secretaría de Transporte y Tránsito del Municipio de Medellín, quedando bajo su administración el automóvil de placas MNR 031, marca Chevrolet Aveo Motion, modelo 2008, que debía permanecer en un parqueadero hasta su remate.

No obstante, este vehículo fue usado en varias oportunidades por ACEVEDO MARÍN, permitió que otros lo usaran de manera indebida, y el 6/07/2011 a las 21:31:16 horas registró infracción de tránsito al no hacer el pare en un semáforo intermitente en rojo, en la carrera 80 con calle 56. También se reportaron otros comparendos —el 24 y 27 de enero de 2012, a nombre de Sergio Giovanni Álzate, 23 de marzo, 4 de mayo, 6, 8, 19 y 22 (2 comparendos), 25 de junio y 13 de agosto de 2012— los cuales le llegaban a Lina Marcela Garcés Zapata (propietaria), y estando el vehículo bajo el poder del secuestre, registraba un recorrido de más de 25 mil kilómetros, cuando fue entregado a una nueva secuestre en marzo 20 de 2013. Además, ACEVEDO MARÍN, omitió rendir cuentas de su gestión como auxiliar de la justicia desde el 17/06/2011 al 01/08/2012, cuando se le relevó del cargo de secuestre, pese a que le fueron solicitadas el 05/03/2012 y 18/05/2012.

2.3. Caso 3: 05001 60 00248 2015 02716

De conformidad con el escrito de acusación, JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, fue designado como secuestre, el 4 de marzo de 2013, en el proceso ejecutivo 05001 61 05006 2012 01646, promovido por Gloria Stella Zapata Sánchez contra “El Carrusel de la Alegría”, con matrícula mercantil 21-245804-02, ubicado en la calle 66 N° 39-25, tramitado en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, del cual tomó posesión el 5 de noviembre de 2013 ante el Inspector Segundo Civil Especializado de Medellín, quedando bajo su administración dicho establecimiento de comercio —con todos sus muebles y enseres—.

Maribel del Socorro Arboleda Rodríguez, como representante legal del Carrusel de la Alegría, le entregó al señor ACEVEDO MARÍN, en el año 2014, por concepto de arriendos, la suma de \$5.900.000 durante 9 meses del año, así: marzo \$700.000, abril \$700.000, mayo \$700.000, junio \$500.000, julio \$500.000, agosto \$700.000, septiembre \$700.000, octubre \$700.000 y noviembre \$700.000. Valores que él no entregó al Juzgado, ni consignó en su cuenta de depósitos judiciales, apropiándose de ellos.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 22 de octubre de 2018, ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, dentro del proceso con radicado **05001 60 00248 2015 02716** se formuló imputación contra JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN,

como autor del delito de peculado por apropiación —9 eventos— (art. 397 C.P.), cargo al cual no se allanó. No se solicitó medida de aseguramiento en su contra.

El 12 de octubre de 2019, ante el Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, dentro del proceso con radicado **05001 60 00248 2012 02388 (matriz)** se formuló imputación contra JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, como autor del concurso heterogéneo de conductas punibles de prevaricato por omisión —modalidad de delito continuado— (art. 414 C.P.), peculado por uso —2 eventos— (art. 398 C.P.) y peculado culposo —9 eventos— (art. 400 C.P.), cargos a los cuales tampoco se allanó y no se pidió medida de aseguramiento en su contra.

El 4 de julio de 2019, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, dentro del proceso con radicado **05266 60 00203 2012 12290** se formuló imputación contra JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, como autor del concurso heterogéneo de conductas punibles de prevaricato por omisión (art. 414 C.P.), peculado por uso —modalidad de delito continuado— (art. 398 C.P.), cargos a los cuales no se allanó y tampoco se solicitó medida de aseguramiento en su contra.

El escrito de acusación del expediente con CUI **05001 60 00248 2015 02716** fue radicado el 17 de enero de 2019 y correspondió al Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín. El escrito de acusación del expediente con CUI **05266 60 00203 2012 12290** fue radicado el 29 de agosto de 2019 y correspondió al Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de esta ciudad. Anotándose que ambos despachos remitieron los procesos al Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta ciudad, por solicitud de conexidad con el SPOA **05001 60 00248 2012 02388**, del cual se radicó el escrito de acusación el 26 de abril de 2019.

El 25 de julio de 2019 ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito se adelantó audiencia de formulación de acusación contra ACEVEDO MARÍN, dentro del SPOA **05001 60 00248 2012 02388**, sin variación en la imputación inicial. El 16 de septiembre de 2019, luego de instalada la audiencia preparatoria, la defensa pidió decretar la conexidad de los procesos que cursaban en los Juzgados 16 y 25 Penal del Circuito, la cual se ordenó y, en consecuencia, el 11 de noviembre de 2019 se formuló acusación contra ACEVEDO MARÍN, en razón de los expedientes **05001 60 00248 2015 02716 y 05266 60 00203 2012 12290**, sin variación en las imputaciones iniciales.

El 11 de marzo de 2020 y antes de instalarse la audiencia preparatoria, el acusado JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, decidió —de forma libre, informada, voluntaria

y previamente asesorado por su defensor contractual— aceptar simple y llanamente los cargos imputados por la Fiscalía General de la Nación en las tres actuaciones seguidas en su contra. Se le hicieron saber las posturas sostenidas por la Corte Suprema de Justicia comoquiera en el radicado **2015-02716**, una de las imputaciones fue por el delito de Peculado por apropiación, en el cual pudo haber incremento patrimonial.

El 24 de agosto de 2020 se aprobó la aceptación unilateral de responsabilidad, con la salvedad antes descrita y, además, se hizo la audiencia de individualización de pena (art. 447 C.P.P.), dándose lectura a la sentencia el 9 de septiembre de 2020.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

El juez de primer grado, atendiendo al allanamiento a cargos hecho al momento de instalarse la audiencia preparatoria, condenó a JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN a la pena de prisión de 78 meses, multa de 105.76 smlmvs, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 95,11 meses, como autor de los punibles: i) Prevaricato por omisión (art. 414 C.P.) casos 2012-12290 y 2012-02388, este último en modalidad de delito continuado, ii) Peculado culposo (art. 400 C.P.) —concurso de 9 eventos—, caso 2012-02388, iii) Peculado por uso (art. 398 C.P.) —concurso de 2 eventos— caso 2012-02388 y de manera continuada en el caso 2012-12290, y (iv) Peculado por apropiación (art. 397 C.P. inciso 3) —concurso de 9 eventos— caso 2015-02716. Así mismo le negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

Y luego de explicar jurisprudencialmente la postura de la Corte Suprema de Justicia con relación a los allanamientos a cargos y al reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, consideró que en este caso, desde una arista estrictamente legal, la aceptación de cargos de forma unilateral o de forma pura y simple no solo encuentra regulación en los artículos 288 numeral 3, 293 y 351 de la mencionada Ley 906 de 2004 —Código de Procedimiento Penal por el cual se rige la presente actuación— sino también en el artículo 356 numeral 5º y artículo 367 inciso 2º de la misma codificación, oportunidades donde ninguna exigencia distinta a las del artículo 8 —referentes a que se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, con asesoría de la defensa— se requiere para habilitar esta terminación anticipada de la actuación penal, y allí no se hace referencia alguna al reintegro del incremento patrimonial para aplicar una rebaja proporcional o fijar la pena, y por tanto, se aparta del criterio que viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia, pues no es posible

jurídicamente equiparar los institutos de preacuerdos y allanamiento a cargos y menos hacerlo para exigir judicialmente el requisito establecido en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 en la terminación anticipada de la actuación por aceptación unilateral de cargos.

Dice que no se objetó la aceptación de cargos hecha por ACEVEDO MARÍN, en la audiencia del 11 de marzo de 2020, con relación al caso 05001 60 00248 **2015 02716** pese a que no ha reintegrado los \$5.900.000, al encontrar motivos constitucionales razonables derivados de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la propia Corte Suprema de Justicia, para preferir la interpretación que satisface en mayor medida los derechos fundamentales de la persona que está siendo sujeta a la acción penal, y por lo tanto los efectos que puede tener el reintegro, se reflejarán en el monto de rebaja de pena a obtener.

Señaló que se acreditó el mínimo de tipicidad exigido en los delitos cometidos en las carpetas *conexas*, esto es, en la carpeta con CUI **05001 60 00248 2012 02388** (matriz), el peculado culposo, (art. 400 C.P. y por los casos 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11), peculado por uso, (art. 398 C.P., casos 2 y 12), y prevaricato por omisión en modalidad continuada, (art. 414 C.P.) y en atención a la pluralidad de comportamientos homogéneos. En el expediente radicado **2012-12290**, se acreditó la realización de las conductas punibles de prevaricato por omisión (art. 414 del C.P.) y peculado por uso, (art. 398 C.P.), y finalmente en la foliatura radicada **2015-02716** el peculado por apropiación (art. 397 inciso final C.P.)

No reconoció la circunstancia de marginalidad, en relación con la condición de drogadicción que pueda padecer un procesado y su diferenciación respecto de una posible confluencia con la situación personal de dicha marginalidad, por cuanto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que debe evidenciarse la absoluta y extrema falta de integración social y su exclusión del sistema social (CSJ, auto 42203, 27/08/2014). Por lo tanto, no deben asimilarse las circunstancias propias de quien es consumidor de sustancias estupefacientes con las de una persona que ejecuta la conducta punible en condiciones de marginalidad, cuando esta última situación es la que debe influir directamente en la ejecución de la conducta punible genérica de atenuación regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Puntualizó que la situación personal del señor ACEVEDO, derivada de su adicción a los estupefacientes o el impacto psicológico, familiar y social que tuvo por la muerte de su madre, lo cual lo llevó, según lo demostró la defensa en audiencia del 447 a ser

diagnosticado con: i) síndrome de dependencia crónica a sustancias psicoactivas (cannabis-cocaína); ii) trastorno afectivo bipolar; ii) trastorno de conducta y control de impulsos, situaciones que influyen como causa de menor intensidad del dolo.

Y dosificó la pena teniendo en cuenta que, como no se reintegró el valor de lo apropiado con relación al delito de peculado por apropiación la rebaja no sería de 1/3 parte de la pena imponible sino de un 25% —toda vez que solo contribuyó a la economía procesal generada de cara a lo que es la audiencia preparatoria y juicio oral— en un total de 54 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derecho y funciones públicas, y multa por \$4.425.000 —que equivale a 5,04 salarios mínimos legales mensuales vigentes—. No obstante, para las demás conductas delictivas si consideró la rebaja de un 1/3, quedando en definitiva la pena a imponer con base en la pena más grave, esto es, la dosificada para el delito de peculado por apropiación —54 meses de prisión— aumentada hasta en otro tanto por los demás delitos en concurso (peculado por uso continuado, prevaricato por omisión, peculado culposo) en 24 meses más, para un total de setenta y ocho (78) meses de prisión, monto que no excede del doble del máximo de la pena correspondiente al delito más grave.

En lo que se refiere a la multa, como acompañante de la sanción principal, el artículo 39-4 de la Ley 599 de 2000 ordena su acumulación aritmética en caso de concurso de conductas punibles, sin que pueda superar los 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en el presente caso concurren penas pecuniarias en salarios mínimos legales mensuales vigentes así: peculado por apropiación 5,04, prevaricato por omisión continuada 11,85, peculado culposo 79,98 y prevaricato por omisión en 8,89, para un total de ciento cinco punto setenta y seis 105,76 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, en cuanto a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, en los eventos en que concurre como principal, con relación a algunos delitos, ha precisado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que resulta imperioso aplicar, igualmente, las reglas del concurso de comportamientos punibles, pues se trata de la misma sanción, aunque prevista en diferente categoría e intensidad. Así las cosas, el agente queda sometido a la del delito que «establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto». Y en este caso, la pena base es la inhabilitación de derechos y funciones públicas fijada en el prevaricato por omisión continuada en 71, 11 meses, se aumentará hasta en otro tanto, que será de 24 meses, por razón de los delitos concursales en los cuales se fijó este tipo de pena

como principal, sin que se supere el doble de la más grave. Así la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por 95,11 meses.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa, inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso el recurso de apelación, y lo sustentó en 3 puntos:

- i. Su prohijado tiene derecho a que se le **reconozca la circunstancia de marginalidad** (artículo 56 del C.P.) toda vez que, de los elementos materiales de prueba obrantes en el proceso se deduce, de manera nítida y contundente, que efectivamente había estado inmerso en profundas y constantes condiciones de marginalidad, relacionadas con una crónica adicción a los estupefacientes, que fue estrechamente relacionada con todas las acciones y omisiones que ameritan el juicio de reproche en su contra.

Se acreditó en la audiencia del artículo 447 del estatuto procesal penal con la historia clínica y documentos que evidenciaban, de forma clara y definitiva, que la patología que ha padecido viene desde el año 2001 —es decir, desde mucho antes de iniciarse la investigación en su contra— situación que cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que la enfermedad por estupefacientes que padece JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, es de las consideradas crónicas, y ruinosas, pues requiere atención prioritaria y permanente, lo cual se probó, y de ello se puede concluir que estaba enfermo, requería la atención constante por parte de especialistas, y no una efímera e inestable, más aun cuando le fue asignada una función pública que requería de una atención y responsabilidad elevadísima, como es la de auxiliar de la justicia, en calidad de secuestre.

Y el *a quo* reconoció que la enfermedad que ha padecido por más de dos décadas ACEVEDO MARÍN, tenía que afectar la punibilidad pues está íntimamente ligada a su conducta y actuar, y la ley lo establece como un derecho y no como un premio, pero a la hora de plasmar dicho reconocimiento, se apartó del mandato legal, y argumentó que dicho padecimiento no influyó en la ejecución de los delitos por los cuales fue condenado.

- ii. El encausado tiene derecho a **descontar su pena en un establecimiento de rehabilitación y no en uno carcelario**, pero no se justificó por qué era necesario imponerle la pena en un centro de reclusión, y no en uno de rehabilitación. Además, de omitir explicación sobre otros aspectos fundamentales, como por qué a pesar del hacinamiento carcelario, del estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión, y de la contingencia mundial por el Covid-19 —que obligan a hacer excepcional la privación de la libertad intramural— en este caso específico habría que aplicar los mandatos legales, de manera fría e insensible, por encima

de los constitucionales, y enviar a este enfermo drogadicto a un centro de reclusión intramural. Todo esto, está ausente en la argumentación del fallo, el cual adolece, en este punto específico, de falta de motivación.

- iii. En la sentencia se hizo una **equivocada dosificación punitiva**, por cuanto el *a quo* aplicó indebidamente las normas correspondientes, imponiéndole a JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, una pena que no se corresponde con los mandatos legales al respecto.

Se incurrió en una equivocada dosificación punitiva porque el juez utilizó argumentos y premisas similares para cada uno de los delitos, como si se tratara de hechos aislados cometidos por una pluralidad de sujetos, haciendo una doble valoración negativa de una misma circunstancia, esto es, de las que sustentó en los dos supuestos de gravedad de la conducta y el daño real creado, y erró al otorgar la rebaja punitiva por aceptación unilateral de cargos una vez individualizadas las penas de los tipos penales, y no al final del concurso de todos, lo que redundaría en un beneficio mayor, olvidando que cuando se trata de dosificación punitiva, siempre se debe favorecer al procesado.

En conclusión, pide revocar parcialmente la sentencia emitida por el *a quo*, y proferir la que en derecho corresponda, de conformidad con las consideraciones expuestas.

6. NO RECURRENTE

La fiscalía argumentó que la inconformidad de la defensa radica en que por parte del juez de primera instancia no se reconoció que JUAN FERNANDO obró bajo circunstancias de marginalidad, dado su consumo habitual y continuado de estupefacientes y que, de haberlo hecho, ello influiría en la dosificación de la pena, acorde con los postulados del artículo 56 del Código Penal.

Y si bien es cierto la fiscalía en la audiencia del 447, de manera muy generalizada hizo alusión a esa situación de consumo de psicotrópicos por parte del procesado, lo cual lo ha llevado a estar internado en centros de rehabilitación, dejó a la discrecionalidad del juez el reconocerle que pudo haber obrado bajo circunstancias de marginalidad, dada su situación de adicto al consumo de marihuana, bazuco, cocaína y bebidas alcohólicas, con soporte en su historia clínica. Y por ello, solicita a la segunda instancia, le sea reconocida la situación de marginalidad que se predica en el artículo 56 del C. Penal a JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN.

Así mismo aludió a que la defensa pidió que en el caso de ser reconocida esa circunstancia reglada en el artículo 56 del C. Penal, el cumplimiento de la sentencia sea en un centro de rehabilitación, pero lastimosamente nuestro sistema penitenciario no aborda de manera seria la rehabilitación para personas enfermas con farmacodependencia donde les presten ayuda para superar su nivel de adicción, por lo que, en el evento de darse el reconocimiento en mención, se ejecutaría la pena en un centro carcelario designado por el INPEC.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la presente impugnación según lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de P. Penal —Ley 906 de 2004— toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, que hace parte de este distrito judicial.

7.2. Problema Jurídico

La Sala establecerá si acertó el funcionario *a quo* al condenar a JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN —en virtud a su allanamiento a cargos— por los delitos de peculado por apropiación, prevaricato por omisión, peculado por uso y peculado culposo y por lo tanto procede confirmar la decisión, o si a *contrario sensu*, habrá de revocarla o modificarla en los términos aducidos por el impugnante.

La inconformidad de la defensa se contrae a tres puntos: (i) no se analizaron las circunstancias de marginalidad de su prohijado y por ello no se reconoció tal atenuante, (ii) la dosificación de la pena se hizo en forma incorrecta, por aplicación indebida de las normas correspondientes y, (iii) el acusado, dada su adicción a las drogas debe purgar la pena en un centro de rehabilitación y no en uno carcelario.

Así, en primer lugar, el apelante se duele de que el juez de primera instancia no le hizo a su prohijado el **reconocimiento de la circunstancia de marginalidad** prevista en el artículo 56 de C.P. por su adicción a los estupefacientes, lo cual coadyuva la fiscalía, e incidiría en la pena a imponer.

Bajo este entendido, se pretende que se redosifique la pena impuesta a JUAN FERNANDO, por haberse acreditado su condición de marginalidad, como se solicitó en la audiencia de individualización de pena —art. 447 CPP— pero ello no fue tenido en cuenta por el juez de primer grado, sin embargo pasa por alto el recurrente que esa circunstancia, atemperante de responsabilidad, no es asunto que deba proponerse y acreditarse en la audiencia de individualización de pena establecida en el mencionado artículo, pues esta diligencia tiene por objeto que tanto la Fiscalía como la defensa técnica “se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.”¹

De manera que la aludida audiencia está destinada a discutir los aspectos enunciados, que servirán de referente para la fijación en concreto de la sanción, determinar formas de cumplimiento de la misma, cuantificar la pena pecuniaria según su situación económica, ingresos y cargas familiares, o la imposición de penas accesorias y, principalmente, para la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de la libertad².

Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

*“La diligencia contemplada en el artículo 447 en cita, **no es una nueva oportunidad que tienen las partes para referirse al tópico de responsabilidad y los que le son consustanciales**, si en cuenta se tiene que desde el momento mismo de anunciar el sentido del fallo, en tratándose del procedimiento ordinario, el juez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, ya ha definido con suficiencia este tema, dada la exigencia legal de que la decisión ‘será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación’; **y si se trata de allanamiento o acuerdo previamente aprobados, la condena versará por el delito aceptado, el cual debe constar con total claridad en el escrito de acusación que se ha presentado ante el funcionario de conocimiento.***

En uno y otro eventos, la determinación de la responsabilidad, además de aludir concretamente a la adecuación típica de la conducta punible y la forma de participación en la misma, debe contener la definición de las circunstancias de mayor y menor punibilidad, que indicarán al fallador en cuál de los cuartos de movilidad punitiva habrá de ubicarse –so pena de sorprender al acusado, como expresamente lo ha significado la Corte en reiterados pronunciamientos-, por manera que estos aspectos también quedan marginados del objeto de la actuación.

Por lo tanto, se reitera, la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no es un espacio propicio para alegar circunstancias que

¹ Artículo 447 del C.P.P.

² Corte Suprema de Justicia. Radicación 44992 de 2015. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

puedan afectar los extremos punitivos de la sanción, frente a aspectos que tuvieron incidencia directa al momento de la comisión del delito, tales como los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación, arts. 27 y 29 C.P., respectivamente), la determinación de los delitos continuados o masa (par. art. 31 C.P.), el exceso en las causales de justificación (inc. 2 num. 7° art. 32 C.P.), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56 C.P.) y la ira o el intenso dolor (art. 57 C.P.)³ (Resaltado fuera de texto original).

Ahora bien, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, previstas en el artículo 56 del C.P., recaen sobre la culpabilidad como último elemento dogmático del delito, y si no tienen la entidad suficiente para excluirla, obran como diminuyente de responsabilidad penal, que impone la modificación de los ámbitos punitivos, y como elemento tal de la conducta punible debe acreditarse en el juicio oral, pues la audiencia de individualización de pena es subsiguiente a la determinación de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; es decir, una vez emitido el sentido del fallo condenatorio —que da cuenta de la concurrencia de la triada del delito— y cabe insistir en que la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas constituyen parte intrínseca y concomitante con los hechos delictivos; es precisamente lo que motiva la comisión del ilícito; de ahí que se atenúe el reproche penal o la exigibilidad de actuar conforme a derecho.

Entonces, en los casos de aceptación de responsabilidad unilateral o bilateral debe propender la defensa porque en la imputación se reconozca la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema —en el caso de concurrir tal situación— y de haber elementos que lo acrediten es obligación de la Fiscalía tenerla en cuenta en la formulación de la imputación o en la acusación. También es facultativo su reconocimiento en virtud de un preacuerdo, pero de no presentarse ninguna de las anteriores opciones, y de concurrir la precitada atenuante de responsabilidad, lo oportuno es no aceptar la responsabilidad penal sino ir al juicio oral para demostrar en esta sede procesal su existencia y así obtener su reconocimiento, porque:

*“... la posible presencia de circunstancias tales como las relacionadas en el citado artículo 56, que hablan de la marginalidad, pobreza o ignorancia extremas como determinantes de la comisión de un delito, forman parte del entramado fáctico, que a su vez afectan la calificación jurídica de esos hechos y, en consecuencia, inciden en los extremos punitivos. **Con otras palabras, al tratarse de aspectos concomitantes a la comisión de la conducta punible y no de efectos post delictuales, de hallarse presentes, deben aquellos ser expuestos en la correspondiente formulación de imputación.**”*⁴

³ Cita hecha por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia bajo el radicado 44992 de 2015. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁴ *Ibidem*.

Así, queda claro que no correspondía al *a quo* reconocer la circunstancia de marginalidad a que aludió el defensor en la audiencia de individualización de pena, pues decantado está que esa diligencia no es el escenario procesal para exponer y resolver tal pretensión⁵; y ha planteado también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁶ que si ninguna manifestación se hizo al momento de la imputación, o acusación, y menos en la aceptación de los cargos, es inoportuno hacerla después, porque ello implica retractación de la aceptación de responsabilidad penal, que en este caso tampoco es procedente comoquiera que no se ha formulado tacha alguna al respecto, y por el contrario, quedó claramente establecido que dicha aceptación fue libre, consiente, voluntaria y con plena asesoría de la defensa técnica.

En segundo lugar, dice el apelante que se debe revisar y redosificar la pena impuesta a su apadrinado, toda vez que el fallador de instancia no observó los lineamientos dispuestos para ello en la norma y que, de haberlo hecho, seguro la pena impuesta a JUAN FERNANDO hubiera sido menor, para lo cual —advierte la Sala que el funcionario— no aplicó la condición establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 al caso de allanamiento a cargos dentro del proceso que fuere *conexado* con CUI **05001 60 00248 2015 02716** por el punible de peculado por apropiación (art. 397 del C.P. inciso 3°. cometido en concurso homogéneo y sucesivo en 9 eventos, por el cual el procesado tuvo un incremento patrimonial de \$5.900.000), desacatando con ello el actual precedente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, determinado a partir de la sentencia SP144496 de 2017, bajo el entendido de que esta figura procesal es diferente a los preacuerdos y se rige por reglas diferentes, además en aplicación al principio de favorabilidad y salvaguarda de garantías *iusfundamentales* del enjuiciado.

Al punto, en tratándose de allanamiento a cargos, actualmente opera la prohibición establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, por cuanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP144496 de 2017, reconsideró la postura jurídica adoptada en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2005, radicación No. 21347, en el sentido de que 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”*.

⁵ Según lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes radicados: 47781 de 2016, 44992 de 2015, 36609 de 2011, 26716 de 2007 y 25389 de 2006.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Radicado 47.183 de 2016.M.P. Eyder Patiño Cabrera

Y si bien es cierto el Alto Tribunal ha tenido una cambiante posición respecto de si tal regla solo es aplicable a los acuerdos o también a los allanamientos, toda vez que, en principio consideró que ambas figuras hacían parte de un mismo conjunto y por tanto compartían las mismas limitantes, entre ellas la establecida en el artículo 349 del C.P.P. —rad. 21954 del 23 de agosto de 2005 y 21347 del 14 de diciembre de 2005—, posteriormente concluyó —en las sentencias con radicado 25306, 31063, 34829, 36502, 40174, entre otras— que la referida condición solo se aplica a los acuerdos, toda vez que estos, si son disimiles con el allanamiento a cargos.

No obstante, a partir del 2017, con la Sentencia SP144496 de 2017 varió nuevamente su criterio, volviendo a la postura anterior, esto es, que no hay diferencia entre los allanamientos a cargos y los preacuerdos, de cara a la exigencia de que se reintegre el 50% de lo apropiado y se asegure el recaudo del remanente respecto del incremento patrimonial percibido con el delito, como presupuesto para la aceptación del mismo, ya que la razón de ser del reintegro es otra. Dijo la Corte en esta oportunidad: “... *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...*”

Bajo ese entendido, la sentencia ya referida y que retomó el criterio inicial, unificó el entendimiento entre las figuras del allanamiento a cargos y el preacuerdo, ambas especies del género denominado “*justicia premial*”, puesto que, antes de la existencia de esta decisión, las ya referenciadas no eran consideradas símiles, como fue aclarado por la Alta Corporación en decisión AP4884-2019.

Y el último criterio viene siendo reiterado desde esa data en las diferentes decisiones de la Corte Suprema de Justicia, de la cual se trae a colación la AP 2113-2020 en la cual explicó: “*Según la vigente interpretación mayoritaria de la Sala, para la aprobación del allanamiento, cuando se trata de conductas ilícitas producto de las cuales el procesado obtuvo un incremento patrimonial, para sí o para terceros, es requisito ineludible e imperativo, por ende, no condonable, la devolución de la mitad del valor apropiado y garantizar el recaudo del monto restante*”.

Incluso, de manera más reciente y siguiendo la misma línea argumentativa, en la Sentencia SP3738-2021, pero en especial en la SP287-2022, donde explica nuevamente esta temática así:

“Hay que agregar, como es sabido, que estas alternativas (los acuerdos y el allanamiento) tienen por finalidad, conforme lo define el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la solución de su caso.

Se ha precisado que en el contexto de las disposiciones que regulan este tipo de terminaciones anticipadas, el allanamiento es una forma de acuerdo. Pero no solo es la lectura sistemática de las normas que definen estas instituciones la que permite defender esas conclusiones. Son las finalidades de la justicia premial en el marco de los principios del proceso penal las que permiten superar lecturas que pueden conducir a distorsiones que causan desequilibrios de los derechos de las partes que intervienen en el proceso penal.

En ese contexto estos modelos de terminación anticipada hoy no se pueden concebir únicamente como el mecanismo para terminar anticipadamente el proceso, con el argumento de que la idea del sistema acusatorio es la de evitar ante todo y por todo el juicio oral (SP, 23 ago. 2005, Rad. 21954). Seguramente esa reflexión sirvió de base para las iniciales lecturas de la figura de los allanamientos y preacuerdos. Hoy no se puede interpretar esos institutos solo con base en efectos pragmáticos, que si bien importantes y deseables, no son los únicos. 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 este giro, entonces, se debe resaltar 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 allí que esa exigencia no se limite a los preacuerdos, como lo sostienen quienes definen esa tesis a partir de la lectura insular de los artículos 348 y 349 de la Ley 906 de 2004, debido a la desprotección que genera tal interpretación a las víctimas, quienes tienen, según el literal c) del artículo 11 de la indicada ley, el derecho a una pronta e integral reparación del daño.

(...)

De manera que los efectos pragmáticos para propiciar el allanamiento de cargos sin condiciones distintas a la aceptación pura y simple del imputado o acusado, sin la reparación del daño, es complicada ante la dificultad que supone esa visión para la realización de los derechos de las partes en el proceso penal. Por lo tanto, la Corte reafirma mayoritariamente la tesis consolidada desde el año 2017, según la cual, allanamiento y preacuerdos 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 mismo.” (resaltado fuera del texto).

En conclusión, para esta Sala la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia es la que más concuerda con nuestro sistema de justicia, en tanto, no patrocina enriquecimientos ilícitos, pero si promociona los principios de proporcionalidad y reparación. Y si bien hay diferencias entre los acuerdos y el allanamiento, lo cierto es

que ambos son modalidades de negociación procesal y a su vez mecanismos de “*justicia premial*” que se rigen por los mismos principios, entre ellos, la exclusión del delito como fuente de riqueza y la reparación del daño.

Por lo tanto, si un ciudadano desea optar por una rebaja con efectos punitivos por la materialización del allanamiento a cargos, debe cumplir con el requisito de procesabilidad descrito en el aludido canon 349 del Estatuto Procesal Penal y reintegrar por lo menos el 50% del valor del incremento patrimonial obtenido con la comisión del delito y asegurar el cumplimiento del porcentaje restante, advirtiéndose que ello no implica un impedimento para aceptarlos, como sería para el preacuerdo, pero con la diferencia de que no podrán obtener rebaja alguna por esa manifestación unilateral de culpabilidad anticipada.

Teniendo en cuenta lo anterior, al hacer un estudio del *sub iúdice* y en especial de la carpeta con radicado **05001 60 00248 2015 02716**, encuentra este Juez Colegiado que a JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN se le imputó y acusó por el punible de peculado por apropiación —9 eventos—. No obstante, antes de celebrarse la audiencia preparatoria, de manera libre, voluntaria y asesorado por su defensor, manifestó su deseo a allanarse a los cargos endilgados por la fiscalía, no solo en dicha carpeta sino en las demás *conexas* —con radicados **05001 60 00248 2012 02388 (matriz)** y **05266 60 00203 2012 12290**— y para ello el *a quo* le expuso los delitos por los que fue acusado, la conexidad de los procesos y le explicó las consecuencias de su decisión, así:

“Señor fiscal, en este caso (2012-02388) donde advierto que la víctima es la DIAN en la actuación aparece incremento patrimonial en favor del señor Juan Fernando Acevedo Marín... entonces señor Juan Fernando Acevedo, con respecto a este caso que le acabo de informar, la aceptación de cargos libre y voluntaria que usted realice en la audiencia del día de hoy, tiene una consecuencia y es que si existe mínimo probatorio que acredite cada uno de esos delitos, la sentencia debe ser condenatoria, no puede ser absolutoria... como en este evento no existe incremento patrimonial la información suficiente de la aceptación de cargos es que por cada uno de estos delitos como juez tengo el deber de disminuir la pena de un 16.66% mas 1 días como mínimo hasta el 33.33% como máximo, es una rebaja que debo ponderar de acuerdo con las evidencias que aporte al fiscalía y su colaboración con lo que es la solución de caso final.

(...)

Entonces señor Juan Fernando Acevedo, con respecto a este caso 2012-12290 igualmente en este caso de aceptar los cargos, el deber que tengo como juez si hallo mínimo probatorio de la existencia de los delitos y autoría responsable, es proferir sentencia condenatoria, y en razón de la aceptación de cargos, también,

obligatoriamente por mandato legal debo proceder una disminución de pena que va igual de 1/6 parte hasta 1/3 parte de la pena finalmente establecida.

(...)

Entonces señor Juan Fernando Acevedo, en este caso 2015 02716 si se advierte un incremento patrimonial, que ocurre, cual es mi deber como juez, que usted tenga plena información de las consecuencias del actos que va a asumir, como este caso que es el 2015-02716 tiene un incremento patrimonial, aquí debo informarle que hay dos situaciones jurídicas que debe conocer, hay una posición jurisprudencial actual de la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Penal que viene siendo establecida desde el año 2017, en septiembre donde la Corte establece que un allanamiento a cargos es una de las modalidades de acuerdo y como es una modalidad de acuerdo, eso significa que hay que aplicarle los presupuestos y consecuencias de los acuerdos, específicamente en el reintegro patrimonial, que significa eso señor Juan Fernando, es que si no se ha reintegrado el 50% de las sumas obtenidas que han incrementado ilegalmente el patrimonio y garantizar el restante, no es posible celebrar o validar el allanamiento a cargos, esa es una posición jurisprudencial. Existe otra señor Juan Fernando derivada de la Corte Constitucional con el fallo T 091 de 2006 y también con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal sobre el tema específico, donde la Corte establece que allanamientos y acuerdos son dos institutos del sistema penal acusatorio distintos cuyos presupuestos y consecuencias también lo son y donde el reintegro patrimonial no es un requisito de procedibilidad para validar la aceptación de cargos, el no reintegro puede tener efectos es en el monto de descuento de pena que el juez debe ponderar, mas no la prohibición de que la persona acepte los cargos y pueda tener una disminución de pena por su colaboración con la justicia, máxime cuando el artículo 8 del C.P.P. —que es el derecho a la defensa— es una de las formas de defensa que tenemos los ciudadanos es renunciar al juicio oral, aceptando los cargos, entonces señor Juan Fernando, mi deber de información es que usted debe tener claro que existen dos visiones jurisprudenciales sobre este asunto cuando hay incremento patrimonial... frente a este último es el juez quien decide si procede o no la rebaja de pena”⁷

Las partes, frente a lo explicado por el a quo, manifestaron conformidad, y el 24 de agosto de 2020 se impartió aprobación a la aceptación unilateral a cargos manifestada por el acusado. Posteriormente se emitió sentencia condenatoria concediéndole a JUAN FERNANDO, con relación al delito de peculado por apropiación dentro del caso 2015-02716 una rebaja de un 25% por el allanamiento a cargos, inaplicando la jurisprudencia que regula lo atinente al reintegro del incremento patrimonial y exponiendo razones jurídicas y fácticas para ello.

Pero es menester recordar que el precedente jurisprudencial fijado por la Corte Suprema de Justicia es de obligatorio acatamiento para los funcionarios judiciales,

⁷Min. 21:45 audiencia fechada del 11 de marzo de 2020. Archivo digital "15AudioAudienciaPreparatoriayAllanamiento(CasosConexos)".

aunque es posible que inaplicarlo si se tienen razones de mayor valía que las que ha venido planteando el Alto Tribunal, lo cual implica una carga argumentativa muy alta, donde el funcionario debe explicar los fundamentos de hecho y derecho, e incluso de rango constitucional sobre por qué no se debe aplicar ese criterio jurisprudencial dominante. Y es así como el juez de instancia para apartarse del criterio fijado por la Corte en la sentencia confutada expresó:

“Por estas razones, con el profundo respeto de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, este Despacho se aparta del criterio que viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia en las decisiones citadas al inicio, pues no es posible jurídicamente equiparar los institutos antes descritos y menos hacerlo para exigir judicialmente el requisito establecido en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 en la terminación anticipada de la actuación por aceptación unilateral de cargos.

Ahora bien, en eventos en los que el procesado, acepta los cargos de forma unilateral, más no reintegra el 50% ni garantiza el restante, debe el Despacho preguntarse, cuál será la reducción de pena aplicable al procesado, y para tal efecto, se trae a colación los planteamientos que en sentencia del 8 de abril de 2008, radicado 25.306, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, sobre qué precisamente, el Juez deberá verificar en cada caso concreto, cuál será el porcentaje a reconocer al procesado, atendiendo, no solo a la teleología del instituto consistente en que el tratamiento punitivo más benigno es directamente proporcional al mayor ahorro en recursos investigativos del Estado, sino a la mayor o menor contribución realizada por el procesado frente a la administración de justicia, de donde a mayor desgaste procesal, menor rebaja de pena se obtiene (fallo T-01 de 2006 y Sentencia C-645 de 2012) y por supuesto, al reintegro de lo ilícitamente obtenido, pues confuso mensaje se emitiría a la sociedad, si aquel que a poca colaboración y nulo reintegro se le beneficie con la máxima rebaja de pena.

Por lo analizado, no se objetará la aceptación de cargos hecha por Juan Fernando Acevedo Marín, en audiencia del 11 de marzo de 2020 en relación al caso 05-001-60-00248-2015-02716 pese de que no ha hecho el reintegro de los \$5.900.000,00, que debió consignar en la cuenta del juzgado y por lo cual obtuvo un incremento patrimonial, al encontrar motivos constitucionales razonables derivados de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la propia Corte Suprema de Justicia, que diferencia los institutos de las aceptaciones de cargos, para preferir la interpretación que satisface en mayor medida los derechos fundamentales de la persona que está siendo sujeta a la acción penal. Los efectos que puede tener el reintegro, se reflejarán en el monto de rebaja de pena a obtener.”

Argumentos que esta Sala no comparte, advirtiendo que se ha vuelto costumbre que algunos operadores judiciales —al revisar la línea jurisprudencial del órgano de cierre sobre un tema, y si ha tenido variaciones o posiciones encontradas— tomarlos insularmente como razonamiento basilar o, incluso, único para desconocer el precedente vigente, lo cual es erróneo, ya que la unificación de la jurisprudencia como

una de las tareas de los altos tribunales tiene como fin constitucional preservar principalmente la seguridad jurídica, por tanto, hay una clara obligación de los jueces de menor jerarquía de acoger el precedente jurisprudencial vigente, salvo que existan razones de peso para no hacerlo, entre las cuales no se encuentra el simple hecho de referir variaciones en la jurisprudencia de la Corte o indicar jurisprudencia Constitucional de una época en la cual —frente a ese tema— se tenía otra posición, verbigracia, la sentencia T 091 de 2006, pues ello puede obedecer a múltiples razones como el cambio de circunstancias sociales o jurídicas o una nueva visión del asunto, entre otras.

Y si bien la Sala de Casación Penal tenía la postura de que no debía aplicarse el artículo 349 del C.P.P. en casos de allanamiento a cargos, lo cierto es que desde el año 2017 y hasta la fecha, como es conocido por el *a quo*, e incluso referido por este al procesado —al ponerle de presente las consecuencias de su manifestación unilateral de voluntad— se tiene claro que la Corte ha adoptado la postura de que allanamiento y preacuerdos 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 mismo, tal como ocurrió en el caso con radicado 2015-02716, en el cual JUAN FERNANDO se apropió de \$5.900.000 y, como ya se dijo, no devolvió el 50% y mucho menos aseguró la entrega del restante.

Se limitó el juez de instancia a afirmar que precisamente en uso del derecho que le asiste al acusado de renunciar al juicio para obtener una rebaja de pena es posible la aceptación del allanamiento a cargos, olvidando razonar por qué exigir que se reintegre lo ilícitamente obtenido sería violatorio de sus derechos (art. 8 Ley 906), toda vez que de la interpretación dominante del artículo 349 se puede concluir que ello es exigible tanto para los acuerdos como para los allanamientos, pues lo cierto es que ambos institutos procesales —como mecanismos de solución anticipada en la justicia penal— no pueden privilegiar incrementos patrimoniales por la comisión de delitos.

Aunado a ello, para esta Sala de Decisión, ha de darse aplicación de la línea desarrollada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no solo porque a los allanamientos a cargos debe aplicarse la exigencia que hace el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, sino además porque la aceptación de responsabilidad se dio el 11 de marzo de 2020, mucho después de la variación en la interpretación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 por la Alta Corporación que mantiene su vigencia. Así mismo, por el solo hecho de que en la norma en comento únicamente se haga alusión al término “*acuerdo*” no significa que los allanamientos hayan quedado excluidos, pues a esta

interpretación se llega si se hace una hermenéutica sistemática, finalista y constitucional de la misma como lo ha venido desarrollando el Tribunal de Cierre en lo penal—Sentencias SP3738-2021 y SP287-2022—

En conclusión, erró el juez de instancia al inaplicar lo preceptuado por el artículo 349 en el caso **2015-02716**, por lo cual se deberá modificar la decisión de primer grado, en cuanto a la tasación punitiva para el delito de prevaricado por apropiación —9 eventos—, a la cual se debe eliminar ese 25% que reconoció el *a quo* por el allanamiento a cargos pues, claro ha quedado que no tiene derecho a rebaja alguna dado que no devolvió el 50% del incremento obtenido ni aseguró la entrega del restante, y ello impone modificar las penas definitivas impuestas.

En consecuencia, acomete este Juez Colegiado la **redosificación de la pena**, para lo cual se debe recordar que JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN fue declarado penalmente responsable —en virtud de allanamiento a cargos— como autor de los delitos de i) Prevaricato por omisión (art. 414 C.P.) casos 2012-12290 y 2012-02388, este último en modalidad de delito continuado; ii) Peculado culposo (art. 400 C.P.) —concurso de 9 eventos—, caso 2012-02388, iii) Peculado por uso (art. 398 C.P.) —concurso 2 eventos— caso 2012-02388 y de manera continuada en el caso 2012-12290, y (iv) Peculado por apropiación (art. 397 C.P. inciso 3) —concurso de 9 eventos— caso 2015-02716.

Para el correcto abordaje del proceso de dosimetría punitiva, atendiendo al concurso delictual que en el *sub exámine* concurre, se individualizará la pena correspondiente a cada delito, acorde con lo presupuestado en la regla 31 del Código Penal, teniendo en cuenta los criterios puntualizados en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal y los fenómenos post delictuales con incidencia en materia punitiva.

a. Prevaricato por omisión –art. 414 C.P.

Penas principales: (i) prisión de 32 meses a 90 meses, (ii) multa de 13.33 a 75 smlmvs, y (iii) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses.

Primer cuarto	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
32 meses a 46 meses 15 días de prisión	46 meses y 16 días a 61 meses de prisión	61 meses 1 día a 75 meses 15 días de prisión	75 meses 16 días a 90 meses de prisión
Multa de 13.33 a 28,74 smlmvs	Multa de 28.75 a 44.15 smlmvs	Multa de 44.16 a 59,57 smlmvs	Multa de 59,58 a 75 smlmvs
80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas			

Mas el aumento de 1/3 por razón del delito continuado, la pena sería así:

Primer cuarto	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
De 42,66 meses a 61,995 meses de prisión	De 61,995 meses 1 día a 81,33 meses de prisión	De 81,33 meses 1 día a 100,665 meses de prisión	De 100,665 meses 1 día a 120 meses de prisión
Multa de 17,77 a 38,36 smlmvs	Multa de 38,36 a 58,87 smlmvs	Multa de 58,87 a 79,42 smlmvs.	Multa de 79,42 a 100 smlmvs.
106.66 meses de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas			

b. Peculado por uso –art. 398 C.P.

Se establecen como penas principales: prisión de 16 a 72 meses y, (ii) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

- Concurso por 2 eventos.

Primer cuarto	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
16 meses a 30 meses de prisión	30 meses y 1 día a 44 meses de prisión	44 meses 1 día a 58 meses de prisión	58 meses 1 día a 72 meses de prisión

Más el aumento en 1/3 por razón del delito continuado, la pena sería así:

Primer cuarto	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
21,33 meses a 39,99 meses de prisión	39,99 meses y 1 día a 58,66 meses de prisión	58,66 meses 1 día a 77,31 meses de prisión	77,31 meses 1 día a 96 meses de prisión

c. Peculado culposo –art. 400 C.P.— 9 eventos.

Penas principales: (i) prisión de 16 a 54 meses, (ii) multa de 13.33 a 75 smlmvs, y (iii) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Primer cuarto	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
16 meses a 25 meses y 15 días de prisión	25 meses 16 días a 35 meses de prisión	35 meses 1 día a 44 meses 15 días de prisión	44 meses 16 días a 54 meses de prisión
Multa de 13.33 a 28,74 smlmvs	Multa de 28.75 a 44.15 smlmvs	Multa de 44.16 a 59,57 smlmvs	Multa de 59,58 a 75 smlmvs

d. Peculado por apropiación –art. 397 inc. 3° C.P.— 9 eventos

Penas principales, pues lo apropiado no superó un valor de 50 smlmvs: (i) prisión 64 a 180 meses, (ii) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y, (iii) multa equivalente al valor de lo apropiado.

Primer cuarto	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
64 a 93 meses de prisión	93 meses 1 día a 122 meses de prisión	122 meses 1 día a 151 meses de prisión	151 meses 1 día a 180 meses de prisión

Respecto de los delitos por los cuales se emite condena, concurre una circunstancia de menor punibilidad reconocida desde la audiencia de imputación, como es la carencia de antecedentes penales, conforme lo establece el artículo 61 del Código Penal debemos ubicarnos en el primer cuarto del ámbito punitivo, segmento en el cual se impondrá para cada uno de los delitos ya enlistados la pena mínima, atendiendo a que la gravedad y modalidad de las conductas punibles no supera la intrínseca de los tipos penales.

En consecuencia, obtenido el resultado definitivo de la dosificación individual de cada una de las conductas delictivas concursales, sin lugar a equívocos la que apareja una mayor gravedad, en cuanto a la pena concreta imponible, es la correspondiente a la del **peculado por apropiación**, razón por la cual se tomará como base de dosificación, partiéndose en consecuencia de 64 meses de prisión, siendo posible incrementarla hasta otro tanto, sin que supere la suma aritmética de las penas impuestas.

Así las cosas, para conservar la proporcionalidad, en razón del daño causado y el bien jurídico protegido por el derecho penal relacionado con la administración pública que resultó lesionado por el sentenciado, se aumentará la pena más grave ya referenciada, en razón del concurso, así: (i) 4 meses por los otros 8 eventos del peculado por apropiación, (ii) 2 meses por el prevaricato por omisión en modalidad de delito continuado, caso 2015-02716, (iii) 1 mes por el prevaricato por omisión, caso 2012-12290; (iv) 8 meses por el peculado culposo —9 eventos—, caso 2012-02388, (v) 2 meses por el peculado por uso —2 eventos— caso 2012-02388 y, (vi) 2 meses por el peculado por uso en modalidad de delito continuado, caso 2012-12290, de lo cual se obtienen **15 meses de prisión** como pena a imponer por los delitos que acarrear la rebaja punitiva de la tercera parte.

Con respecto a la **pena de multa** como acompañante de la sanción principal, el artículo 39 numeral 4 C.P. ordena su acumulación aritmética en caso de concurso de conductas punibles, sin que pueda superar los 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así las cosas, concurre esta sanción de orden pecuniario de la siguiente manera: (i) \$5.900.000 equivalentes al 9.58 smlmvs al año 2014 por el prevaricato por apropiación, (ii) 13.33 smlmvs por el prevaricato por omisión, caso 2012-12290, (iii) 17.77 smlmvs por el prevaricato por omisión modalidad continuada, caso 2012-02388, y (iv) 119.97 smlmvs por el peculado culposo —9 eventos— caso 2012-02388.

En cuanto a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplicarán, igualmente, las reglas del concurso de conductas punibles, así: la más grave es la de 106.66 meses por el prevaricato por omisión en modalidad de delito continuado, caso 2012-02388 a la cual se sumarán 15 meses en razón de los delitos que integran el concurso, excepto el peculado por apropiación que acarrea esta sanción por 68 meses.

Incrementos que consultan los fines de la pena, la gravedad y modalidad de las conductas punibles, pues con su comisión no solo vulneró el bien jurídico administración pública sino que, además, se trata de eventos que deslegitiman y ponen en duda la confianza de la ciudadanía en las instituciones y en la labor de los particulares que ejercen labores públicas, como en este caso el de secuestre, nótese que no solo no rindió los informes requeridos sino que además el inculcado usó y permitió que terceros usaran los bienes puestos bajo su custodia, incluso, en algunos casos a los vehículos les fueron impuestas sanciones de tránsito, como quedó explicado en la sentencia de primera instancia, debiendo en consecuencia, ser la condena proporcional al daño real y efectivo creado sobre el bien jurídico tutelado por el legislador y que además se compadece con la necesidad de la pena, en el marco de la prevención general y especial, tomando en consideración que su imposición implica la protección de la comunidad.

Máxime cuando no puede perderse de vista que, de la pena, no solo se predica su propósito resocializador, sino que además tiene asignadas funciones preventivas, ya que a través de ella —como elemento disuasivo— se previene que el encartado cometa de nuevo esa u otras conductas punibles (protección) y no solo él, sino que las personas aprecien las consecuencias que ello acarrea, y se sientan motivadas a respetar los bienes protegidos por el derecho penal.

Ahora, atendiendo a la **aceptación unilateral de culpabilidad hecha por el procesado**, y que frente al delito de **peculado por apropiación** no devolvió el 50% del incremento obtenido ni aseguró la entrega del restante, de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia antes analizada, no procede rebaja alguna, por lo tanto la pena de prisión es de **68 meses** (*64 del delito más grave + 4 meses por los otros 8 eventos*), pero frente a las demás conductas punibles, sí es procedente la rebaja autorizada legalmente, esto es, **hasta la tercera parte de la individualizada**, pues en estos casos 2012-12290 y 2012-02388 no hubo incremento patrimonial, por lo tanto para estos reatos se concederá la máxima rebaja otorgada para el momento procesal en que se hizo la manifestación unilateral de

responsabilidad que, se reitera, fue previo a la audiencia preparatoria, y como ya se dijo la pena a imponer por estos delitos, sería de 15 meses, que reducidos en la proporción indicada (5) queda en 10 meses. Así las cosas, en definitiva, la pena de prisión a imponer es de **78 meses de prisión**.

Igual consideración se tendrá con la pena de multa, toda vez que por el punible de prevaricato por apropiación se establece una pena pecuniaria por el valor de lo apropiado, que para este caso fueron \$5.900.000 (*equivalentes al 9.58 smlmvs del año 2014*) sumada a la multa fijada para los delitos de los casos 2012-12290 y 2012-02388 ($13.33+17.77+119.97=151.07$) a lo cual se hace la rebaja de 1/3 por allanamiento a cargos (50.35) y queda en 100.72 smlmvs. Y así, en definitiva, la pena de multa será de **110.3 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

Y finalmente, con relación a la pena de **inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**, se tendrá que para el prevaricato por apropiación es por un término igual al de la pena de prisión, esto es, 68 meses, sumado a la impuesta por los reatos de los casos 2012 -2290 y 2012-02388 ($106.66+15 \text{ meses}= 121.66$) a lo cual se hace la rebaja de 1/3 por allanamiento a cargos (40.55 meses) y queda en 81.11. Por tanto, en definitiva, la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas queda en **149.11 meses**.

No obstante, en aplicación al principio de no *reformatio in pejus* dado que la defensa es el apelante único, las penas redosificadas para la multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas quedarán iguales a las tasadas por el juez de instancia, esto es, en **105.76 smlmvs y 95.11 meses**.

En cuanto a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad se tiene que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63A del C.P. vigente para la fecha de los hechos —antes de la modificación que le hizo el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014— no se puede otorgar al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la condena ni la prisión domiciliaria, toda vez que se encuentran expresamente excluidas para su otorgamiento, ya que hacen parte de los delitos contra la “*Administración Pública*”, los cuales se encuentran enlistados en el inciso 2° del mentado canon.

Es pertinente reiterar que la redosificación antes realizada se debió no solo a la petición que hiciera el defensor apelante al respecto sino, además, a la revocatoria de la rebaja que por allanamiento a cargos hiciese el juez de

instancia por el punible de Prevaricato por apropiación (recordemos que fue del 25%), por lo que se impone llamar la atención al funcionario para que acate el precedente jurisprudencial vigente sobre el punto y, además, aplique conforme se encuentra reglado en el estatuto penal la dosificación punitiva cuando concurre un beneficio de rebaja de pena, que para el caso obedeció a la manifestación unilateral de responsabilidad.

Finalmente, también plantea el censor que JUAN FERNANDO tiene derecho a **descontar su pena en un establecimiento de rehabilitación dado sus adicciones a los estupefacientes y no en uno carcelario** como se argumentó en la audiencia del 447 procesal, frente a lo cual se le debe indicar — como razonara el *a quo*— que no es procedente, conforme a la ley, sustituir la pena para que se cumpla en un establecimiento privado con fines de tratamiento educativo o psicológico (Comunidad Terapéutica Sobriedad), en tanto, conforme al artículo 68 del Código Penal, solo es posible la sustitución de la pena privativa de la libertad por reclusión domiciliaria u hospitalaria en casos de grave enfermedad incompatible con la vida en reclusión, situación que no se observa en este caso.

Aunado a ello, no desconoce esta Sala la situación de adicción que aqueja a JUAN FERNANDO, pero si se aceptara que purgara su pena en un centro de rehabilitación se estaría invadiendo una competencia que no es propia del juez que impone la pena, pues valorar si ello es viable o no como sustituto de la pena de prisión corresponde al ejecutor —CSJ radicado 39311 del 22 de mayo de 2013 y SP9142016— y, de igual manera, se advierte que el INPEC tiene a su disposición centros de rehabilitación en los cuales los internos pueden tratar sus adicciones como parte del fin resocializador de la pena, y la correspondiente solicitud debe serle hecha este instituto, y no en sede de segunda instancia toda vez que, se reitera, no es competencia del *ad quem* definir tal posibilidad. Así las cosas, no se acogen los argumentos del impugnante en cuanto a otorgarle a JUAN FERNANDO la posibilidad de purgar su pena en un centro de rehabilitación.

En conclusión, esta Corporación confirmará la sentencia emitida el 9 de septiembre de 2020 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín que condenó a JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, de conformidad con su aceptación unilateral de cargos, como autor de: i) Prevaricato por omisión (art. 414 C.P.) casos 2012-12290 y 2012-02388, este último en modalidad de delito continuado; ii) Peculado culposo (art. 400 C.P.) —concurso de 9 eventos—, caso 2012-02388, iii) Peculado por uso (art. 398 C.P.) —concurso 2 eventos— caso 2012-02388 y de manera continuada en el caso

2012-12290, y (iv) Peculado por apropiación (art. 397 C.P. inciso 3) —concurso de 9 eventos— caso 2015-02716. ACLARANDO que no es por las razones expuestas en primera instancia sino de conformidad con lo motivado en este proveído.

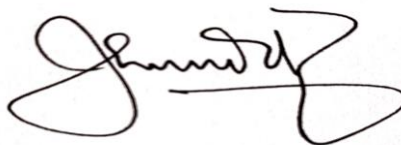
En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la sentencia emitida el 9 de septiembre de 2020 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín que condenó a JUAN FERNANDO ACEVEDO MARÍN, de conformidad con su aceptación unilateral de cargos, como autor de: i) Prevaricato por omisión (art. 414 C.P.) casos 2012-12290 y 2012-02388, este último en modalidad de delito continuado; ii) Peculado culposo (art. 400 C.P.) —concurso de 9 eventos—, caso 2012-02388, iii) Peculado por uso (art. 398 C.P.) —concurso 2 eventos— caso 2012-02388 y de manera continuada en el caso 2012-12290, y (iv) Peculado por apropiación (art. 397 C.P. inciso 3) —concurso de 9 eventos— caso 2015-02716. ACLARANDO que no es por las razones expuestas en primera instancia sino de conformidad con lo motivado en este proveído.

SEGUNDO Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

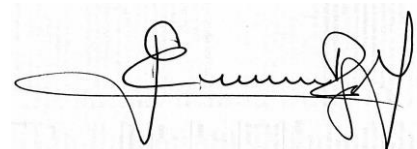
Notifíquese y cúmplase



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
Magistrado