

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA DE PENAL**

**AUTO INTERLOCUTORIO N° 055 - 2022**

**Rdo. 0500160002482017-02073–2da-instancia**

**PROCESADO: CATALINA AVENDAÑO MENESES**  
**DELITO: PECULADO POR APROPIACION Y OTRO**  
**ASUNTO: VERIFICACION DE ALLANAMIENTO**  
**ORIGEN: JUZGADO 3 PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO**  
**DECISIÓN: REVOCA DECISIÓN**  
**M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

**(Aprobado mediante Acta Nro. 109)**

(Sesión del 30 de septiembre de 2022)

**Medellín, cinco (5) de octubre de dos mil veintidós (2022). Fecha lectura.**

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **CATALINA AVENDAÑO MENESES**, contra de la decisión del pasado 18 de julio de 2022, mediante la cual el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO** “no avaló el allanamiento” hasta que no se cumpla con el requisito del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

**ANTECEDENTES**

**Hechos:** Según la acusación, la señora Avendaño Meneses trabajaba como auxiliar contable manejando el token de seguridad del Instituto Municipal de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Copacabana “INVICOP”. Entre los meses de abril y noviembre de 2016 se apropió, en provecho suyo, en 99 oportunidades de dineros públicos cuya administración se le había confiado, por una suma de \$86.570.000, dineros que transfería a su cuenta personal de la cuenta de ahorros 232202390 y de la cuenta corriente 232198655 de INVICOP.

Para ocultar su proceder delictivo suprimía y alteraba los extractos bancarios de las cuentas de INVICOP, alterando los saldos que ingresaban a la cuenta día a día y esos extractos adulterados los enviaba a la contadora para que, al realizarse la conciliación, coincidiera con los libros de tesorería y contabilidad.

**ACTUACIÓN PROCESAL:** el 5 de marzo de 2021, ante el Juzgado 7 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías se efectuó el control previo a la búsqueda selectiva en base de datos; el 5 de abril siguiente, ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se concedió la prórroga de la búsqueda selectiva en base de datos; y, el 12 de abril de 2021, ante el juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se llevó a cabo el control posterior de la búsqueda selectiva en bases de datos.

Ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Copacabana, Antioquia, el 28 de septiembre de 2021, se formuló imputación por el delito de peculado por apropiación y falsedad en documento privado (Artículo 397 y 289 C.P.). La imputada no aceptó los cargos y le fue impuesta medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 30 de noviembre de 2021, conocimiento que le correspondió al Juzgado 3º Penal del Circuito de Bello, llevándose a cabo su formulación el 1º de abril de 2022 y convocándose a audiencia preparatoria el 5 de julio siguiente, oportunidad en la cual varió el objeto de la diligencia a la verificación de allanamiento a cargos, diligencia que fuera suspendida, para finalmente, el 18 de junio de 2022, la juez de conocimiento no avalar ese allanamiento, decisión contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación.

### **DECISIÓN RECURRIDA**

La Juez Tercera Penal del Circuito de Bello, Antioquia, no avaló el allanamiento a cargos al considerar que este no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 349 del C.P.P, así como los demandados por la jurisprudencia.

Argumenta que de los hechos se desprende un incremento patrimonial para la señora Avendaño Meneses, por lo que “para la procedencia de la negociación”, en los términos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, debía reintegrarse el valor equivalente al incremento percibido o al menos el 50% y asegurarse el recaudo del remanente, lo que en esta oportunidad no ha ocurrido.

Explica que si bien hubo un lapso en el cual la Corte Suprema de Justicia diferenció el allanamiento a cargos del preacuerdo, como figuras jurídicas diferentes, por lo que el requisito del artículo 349 no era exigible en materia de allanamiento a cargos, dicha posición se fue recogiendo, por lo cual en decisión del 9 de febrero de 2022, Radicado 55914, "(...) *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.*"

Por lo anterior, la juez *a quo* no avaló el allanamiento de la señora Avendaño Meneses hasta tanto no se cumpla con el requisito señalado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es el reintegro patrimonial.

## DE LOS RECURSOS

**La defensa** interpuso recurso de apelación contra esta decisión, argumentando que hay pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que indican que no pueden confundirse los preacuerdos con los allanamientos, pues los allanamientos son aceptaciones incondicionales de los cargos formulados por el ente acusador y que tienen consecuencias en la sanción por imponer, mientras que los preacuerdos, aunque también constituyen aceptación de responsabilidad, no son incondicionales, sino el producto del consenso entre el ente acusador y la defensa, donde suelen pactarse el monto de la pena y la imputación fáctica y jurídica.

Por lo razonado, considera que la aceptación de cargos en este caso es un derecho constitucional y por ello debe revocarse la decisión de primera instancia.

**NO RECURRENTE: la fiscal delegada** adujo que, si bien coincide con la defensa en que el allanamiento es un derecho, no se puede desconocer la última línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que debe concurrir la reparación, de lo contrario habría un desequilibrio en el tema de la reparación a las víctimas como intervinientes dentro del proceso penal.

Considera que en este caso le corresponde al *ad quem* ponderar si el allanamiento

puede estar por encima de ese derecho de las víctimas a ser reparadas, porque si bien, en un principio, la Corte Suprema de Justicia mantuvo una postura de que eran diferentes el allanamiento y los preacuerdos, en sus últimas sentencias se ha pronunciado indicando que tienen la misma naturaleza y bajo esa interpretación debe concurrir la reparación para poder celebrarse o darle validez al allanamiento. Por lo anterior, considera que se debe improbar el allanamiento.

**La delegada del Ministerio Público** solicita a al *ad quem* confirmar la decisión de primera instancia, pues de acuerdo con la actual Jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, los allanamientos no pueden estar por encima de los derechos de las víctimas y, por tanto, para que proceda debe efectuarse el reintegro del valor que fue apropiado o por lo menos del 50 % y garantizar el otro 50%.

#### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El Tribunal es competente para conocer de las decisiones adoptadas de conformidad con el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, por lo cual se analizará la facultad del juez para avalar o no un allanamiento a cargos, por el incumplimiento de los requisitos del Artículo 349 del C.P.P.

Es pertinente resaltar que contrario a lo expuesto por la juez *a quo*, la aceptación de cargos en este caso no se dio en virtud de una negociación, sino en la facultad que se le otorga a la procesada de aceptar unilateralmente los cargos.

La juez *a quo* decidió no avalar la aceptación unilateral de los cargos porque en su criterio, aún en casos de allanamiento a cargos, resulta necesario la restitución del incremento patrimonial obtenido con el delito en los términos del Artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En principio debe advertirse que los dos primeros integrantes de esta Sala adoptaron postura sobre este tema puntual, al acompañar la ponencia del Magistrado Nelson Saray Botero, decisión proferida el 20 de octubre de 2020 en el Radicado 05 266 60 00203 2010 02131, donde se consideró que el allanamiento a cargos y los

preacuerdos son instituciones de naturaleza jurídica y consecuencias diferentes, en este sentido disentimos de la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tesis que no es compartida por el Magistrado Oscar Bustamante Hernández, tercer integrante de esta Sala de decisión, por lo cual la ahora Sala Mayoritaria reitera su posición en el sentido de que la naturaleza y las consecuencias jurídicas de la aceptación de cargos y los acuerdos son diferentes: en la primera, es obligación legal del fiscal informar la posibilidad unilateral y voluntaria que tienen el imputado o acusado de allanarse; en la segunda, la Fiscalía no está en la obligación de negociar, se trata de un acto consensuado que implica el otorgamiento mutuo de concesiones, entre otras se puede pactar incluso las consecuencias jurídicas del delito y tipificarse de otra forma dentro del marco de la legalidad y, de aprobarse, el juez de conocimiento queda sujeto a los términos de la negociación, y para tasar la pena no atenderá el sistema de cuartos conforme lo dispone el artículo 61 del C.P., siendo diferente cuando se trata de la aceptación de cargos.

Refuerza la anterior tesis la misma Corte Constitucional en Sentencia C-059 de 2010 al declarar exequible el artículo 349 del C.P.P., cuando refiere que la norma obliga en términos de los acuerdos o las negociaciones, no así de la aceptación de cargos. Adicionalmente, en sentencia de tutela<sup>1</sup> precisó que en su estructura la aceptación unilateral de cargos y los preacuerdos son diferentes.

De otro lado, el artículo 288 del C.P.P., establece como obligación del ente acusador al momento de formular la imputación, "3. *Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351*" y el artículo 351 inciso 1º ibídem señala "*Modalidades. La aceptación de los cargos...*", disponiendo en su inciso 2º "*También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias*". Lo anterior permite establecer que el mismo legislador hizo una diferenciación en cuanto a la aceptación de cargos y las negociaciones.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, T356-2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

En la aceptación de cargos, sin lugar a duda, puede atenderse el reintegro de parte del incremento patrimonial, pero con la finalidad de rebaja del monto de la pena, no como requisito de procedencia, lo que sí opera en los acuerdos y negociaciones, tal como lo enseña el texto del artículo 349 del C.P.P. En la misma legislación Procesal Penal se cubrió de garantías a la víctima del punible con otros mecanismos para el restablecimiento de derechos con miras a una indemnización.

Así las cosas, lo único que debe verificar el juez cuando se presenta el allanamiento a cargos es que dicha aceptación sea libre, consiente y voluntaria y que de los elementos materiales probatorios y evidencia física pueda desvirtuarse también la presunción de inocencia. Así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia:

*"Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia. Y en ese acto ha de garantizarse que en la declaración de responsabilidad penal, fundada en la admisión de ésta por el acusado, no se afecte indebidamente la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4-1 de la Constitución). Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7º inc. 3º y 381 del C.P.P.). Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad ha de soportarse en una verificación probatoria lato sensu, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia."*

En concordancia con los principios rectores y garantías procesales de la ley procesal penal aplicable al caso, el derecho a la defensa (Artículo 8º de la Ley 906 de 2004), implica la posibilidad de renunciar a cualquiera de los derechos contenidos en los literales b y k del referido artículo, esto es a los derechos a no autoincriminarse y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, siempre y cuando dicha decisión sea libre, consciente y voluntaria.

Lo anterior para resaltar que la procesada tiene derecho a allanarse a los cargos y renunciar a los citados derechos en cualquier momento de la actuación, al margen de los descuentos punitivos que puedan derivarse de esa decisión; en este sentido, la juez de conocimiento debe permitir que la procesada manifieste libremente su

voluntad de allanarse en cualquier etapa procesal, otra cosa es el análisis e interpretación que pudiera efectuar en el evento en que la defensa solicite una rebaja de pena, ya será entonces en la decisión que ponga fin al proceso que analizará su procedencia o no, de cara a la etapa procesal en que lo hizo y demás circunstancias que sean objeto de debate; en consecuencia, revocará la decisión de la juez de conocimiento y, en su lugar, avalará el allanamiento a cargos de la procesada.

En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, por mandato constitucional y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, **RESUELVE: REVOCAR** la decisión adoptada por la Juez Tercera Penal del Circuito de Bello, durante la audiencia de verificación de allanamiento a cargos llevada a cabo el día 18 de julio de 2022, en la que no avaló la aceptación de cargos de la señora **CATALINA AVENDAÑO MENESES**; en su lugar, se avala el allanamiento a cargos y se ordena a la señora juez que proceda a realizar audiencia de individualización de la pena y dictar la sentencia que en derecho corresponda. Así fue discutida y aprobada en Sala por los Magistrados que la integran, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado Ponente



**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
Magistrado



**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
Magistrado (Salva voto)

## SALVAMENTO DE VOTO

Medellín, 30 de septiembre de 2022.

DOCTORES:

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA Y

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA.

Señores sujetos procesales e intervinientes:

En las diferentes salas del Tribunal se ha venido debatiendo el tema de si el allanamiento a cargos es parte de los acuerdos y negociaciones o, si por el contrario, son un acto unilateral y por tanto si es o no pertinente la exigencia del reintegro patrimonial. Lo que sostengo está plasmado en la ponencia mayoritaria en el proceso radicado RADICADO: 05-001-60-00-206 -2014-96657. PROCESADO (A): J. A. O. B. DELITO (S): FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO, que dice:

“El problema jurídico planteado es establecer si el acuerdo presentado cumple con las exigencias contenidas en la ley procesal al igual que con los precedentes actuales tanto de la Corte Constitucional, como de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. El criterio de la Sala está contenido en el pronunciamiento relacionado a pie de página<sup>2</sup>, de él se extraerán algunos argumentos para la solución del presente caso. Frente a los acuerdos, y a manera de resumen, consideramos que existe un problema estructural que impide una solución pacífica y coherente, ello puesto que el sistema punitivo colombiano está descontextualizado, a más que la regulación relacionada con los acuerdos al haber sido importada, no responde a nuestras necesidades judiciales. Dentro de la evolución jurisprudencial, en este momento hay consenso que el control que se debe hacer a los acuerdos que le ponen fin al proceso, al ser el juez colombiano constitucional, tiene que ser principal (no excepcional), integral y en orden al respecto de las garantías fundamentales de TODOS los sujetos procesales e intervinientes, lo mismo que el respeto del principio de legalidad. Insistimos que la labor judicial es de ponderación de intereses, las partes no obtienen con estas figuras lo que pueden lograr, pero tampoco pierden todo lo que pueden perder. Es una labor de balanceo de intereses en tensión, de ponderación, más que de adecuación normativa.

.....

Frente a la institución del reintegro consideramos que sí es aplicable en los allanamientos como un requisito para la obtención de las rebajas de pena, vale decir, de como requisito de procedibilidad de los descuentos punitivos, distinto es el derecho de renunciar a la presunción de inocencia con o sin beneficio punitivo. La discusión que se plantea es determinar la naturaleza esencial del allanamiento, si es un contrato bilateral o un acto jurídico unilateral.

En orden a resolver esta inquietud es preciso aclarar que para que se de el allanamiento a cargos es imprescindible la existencia de una relación jurídica procesal, vale decir, debe existir formalmente una pretensión punitiva por parte de la Fiscalía General de la Nación, que se da con la audiencia de

---

<sup>2</sup> Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, proceso radicado: 0566-6000-203-2018-04696. Procesadas: SYFS y AUV. Delito Tentativa de homicidio. Proveniente del Juzgado 2 Penal del Circuito de Itagüí. Del 16 de diciembre de 2020.



imputación en los procesos ordinarios o con el traslado del escrito de acusación ( art. 536 del C.P.P.) en los procesos abreviados. En el escrito último se formaliza la intensión fundada en pruebas de la Fiscalía de llevar a juicio y hacer condenar a una persona debidamente identificada e individualizada como autor de una conducta punible. Solo con la imputación o con el traslado de la acusación, según el caso, es pertinente el allanamiento a cargos. Desde el punto de vista procesal en principio y con la comparecencia del procesado a la audiencia o al despacho del Fiscal se consolida la “relación jurídica procesal”, el imputado o acusado, podrá no aceptar la pretensión del delegado fiscal, caso en el cual se sigue el proceso contencioso, o, a contrario, si acepta la pretensión con las consecuencias de ese asentimiento libre y voluntario, con los respaldos probatorios, legales y de garantía del respeto de sus derechos fundamentales, empieza la terminación del proceso contencioso. Al darse la aceptación de responsabilidad se convierte tal situación en un acuerdo, o más concretamente, en un negocio jurídico. Todos los elementos de esta institución se dan, hay sujetos, la Fiscalía, el imputado o acusado, y el juez que revisa la corrección de dicho contrato, existe el consentimiento, la causa y el objeto lícitos, a más de la forma que para estos efectos es solemne. Es inadmisibles que una “manifestación unilateral de responsabilidad” sin la pretensión punitiva de la Fiscalía tenga efectos jurídicos; en otras palabras, si alguien se hace presente ante el ente acusador, o ante un juzgado, o ante un notario y afirma solememente que es autor de una conducta punible, ello, al ser una manifestación unilateral de voluntad -un acto jurídico- por sí misma no tiene la consecuencia de darle fin a un proceso penal, eventualmente puede ser una confesión. Reiteramos, en el contexto de la relación jurídica procesal es que se entiende la aceptación de responsabilidad conforme a la pretensión de la Fiscalía y que pone fin al proceso.

Por lo anterior, desde el punto de vista procesal, el allanamiento a cargos es un negocio o contrato jurídico de carácter bilateral pues genera obligaciones para las partes intervinientes y es de naturaleza adhesiva, análogo a cuando se compra una bolsa de naranjas en un almacén de cadena, allí no se puede discutir nada, o lo adquiere o no; obvio otra modalidad de contrato se da cuando hay posibilidad de negociar, como ocurre con la bolsa de naranjas que se vende en una plaza de mercado. En ambos casos hay un contrato de compraventa. Pasa igual con los acuerdos y los allanamientos, son especies de unas maneras “consensuadas o negociadas” de terminación anticipada del proceso penal. Son negocios jurídicos que en esencia tienen los mismos elementos jurídicos.

Tanto el allanamiento como las negociaciones y preacuerdos son especies de una misma familia, partimos de la base que, conforme a nuestra Constitución Política, existe una expresa manifestación en la solución concertada de los conflictos sociales y dentro de ellos los jurídicos, es la manera más civilizada de lograr una verdadera paz, a más que se patrocina la participación de las personas que son parte del mismo conflicto en su solución. Es lo que las corrientes actuales denominan el principio del CONSENSO, al fin y al cabo, le es imposible a las instituciones públicas solucionar todos los casos que se le presentan. Afirmamos que estas alternativas son de la esencia de nuestro sistema político, son un imperativo constitucional, pues resaltan en últimas el principio axial de la Carta Política nuestra que es la dignidad humana y como desarrollo de esta el confiar en la capacidad de cada uno de los seres humanos que la integran en poder solucionar civilizada y pacíficamente sus conflictos, obsérvese que este sistema de principios y valores supremos, le otorga una honda confianza en el ser humano y le reconoce con su participación, su dignidad y capacidad de acción

Reiteramos, que tanto el acuerdo como el allanamiento son en ESENCIA un mismo negocio jurídico. Nótese que en las dos figuras se pretende evitar un juicio, se renuncia al derecho de no autoincriminación, hay un control para evitar la vulneración de garantías fundamentales, requiere de un mínimo probatorio, hay una rebaja que se representa en una disminución de la pena, es obligada la presencia de la víctima en los mismos, en ciertos casos se debe realizar el reintegro de lo ilícitamente percibido, etc. Si se repara en los elementos esenciales del contrato, podemos concluir que se dan plenamente, sujetos o partes de la relación jurídica son Fiscalía, el imputado y su defensor -que son los principales- y la víctima, es un mismo objeto jurídico, la terminación concertada del conflicto penal, una misma causa jurídica la existencia de un delito, es un negocio solemne, pues debe

ser aceptado por un juez en audiencia, en lo que varía es el margen de negociación, más amplio en los acuerdos, más restringido en los allanamientos, ello último es elemento de la “naturaleza” de los contratos más no de la “esencia” del negocio jurídico. No consideramos las remisiones normativas a los distintos artículos del Código de Procedimiento como un argumento sólido, pues tales normas dan para respaldar cualquiera de las dos tesis, consideramos más convincente establecer lo que en esencia, repetimos, es cada una de esas figuras jurídicas.

Recordamos que la manera como se han “utilizado” los allanamientos -y en general los acuerdos- ha deslegitimado la función judicial y la imagen de quienes administramos justicia, al final la comunidad en general considera que es muy buen negocio delinquir, en el peor de los casos el delincuente se apropia de unos bienes y al final, no se recupera un solo centavo, sencillamente el sentimiento no solo de las víctimas sino de todo el conglomerado es que no se hace justicia. Sostenemos, como lo expresamos anteriormente, que los acuerdos constitucionalmente son un imperativo, es parte esencial de nuestra Constitución Política, pero bajo unos criterios básicos como la racionalidad y la proporcionalidad entre otros.

Así, en sentencia T- 794 de 2007, analizó los fines que se persiguen con la suscripción de acuerdos y preacuerdos:

“En resumen, el acuerdo o la negociación comporta: el reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado; la existencia de un fundamento fáctico y probatorio sobre el cual se produce el acuerdo; la renuncia libre, consciente, voluntaria y debidamente informada del imputado o acusado al juicio público, oral, concentrado y contradictorio; los descuentos punitivos derivados del acuerdo. Una vez aprobado el acuerdo se convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente, mediante la cual se produce la terminación anticipada al proceso”.

Es obvio que, como lo dijimos en un primer momento, hay unos problemas estructurales que impiden una aplicación coherente de estas figuras, como el sistema de consagración de penas en nuestro país, que es lo más desordenado y asistemático, la misma consagración normativa de los acuerdos da para tomar partido por por cualquier tesis, además la presión eficientista de mostrar resultados “rápidos”, de dar cifras que legitimen el sistema acusatorio, y el rendimiento de los Jueces, han generado esta anarquía. Obvio, el daño al sistema judicial y al plexo de principios y valores constitucionales es inenarrable. Nos parece que el administrador de justicia, no está investido para legitimar estas injusticias e infamias.

La aplicación del artículo 349 del C.P.P. es requisito de procedibilidad de las rebajas punitivas por aceptación de cargos, no del preacuerdo en sí, ello puesto que el procesado tiene el sagrado derecho a renunciar a la presunción de inocencia, y el principio y derecho de no autoincriminación, en otras palabras bien puede aceptar su responsabilidad penal, siempre que medie la plena libertad, consentimiento informado y asesorado, el mínimo de prueba exigido, no esté prohibido y se cumplan las exigencias procesales del caso. Otra situación es que tenga derecho a las rebajas por tal renuncia. En los casos expresamente prohibidos, el procesado puede perfectamente aceptar su responsabilidad penal sin rebaja alguna, así mismo, cualquier procesado en delitos en los cuales exista incremento patrimonial, puede perfectamente aceptar su participación sin aspirar a descuento punitivo, por ejemplo puede declararse culpable y no hacer reintegro, caso en el cual se impondrá la pena establecida en el tipo penal admitido, sin rebajas ni reducciones de pena. En conclusión, el artículo 349 del C.P.P. es un requisito para la obtención de los descuentos punitivos. Es al final el argumento más importante de la Corte en el caso Nulle.

Es cierto que existía una posición de la H. Corte Suprema de Justicia en la cual no exigía, para la procedencia del mismo, el reintegro contenido en el artículo 349 del C.P.P. Ello en el equivocado criterio que tal figura es un acto unilateral. Nos hemos apartado de esa posición, reiteramos, toda vez

que se confunde la naturaleza del contrato o acuerdo entre las partes con trascendencia jurídica, el uno es de naturaleza adhesiva, es decir el oferente plantea las condiciones del negocio jurídico y el aceptante no tiene ninguna otra opción, o lo toma o lo deja. La otra manera es la negociación en la cual sí hay posibilidad de modificar, entre las partes interesadas, las condiciones del contrato. La estructura esencial del allanamiento se encuadra dentro de la primera modalidad. Resaltamos, para ambas figuras, el reintegro del incremento patrimonial indebido es condición para las rebajas punitivas, por ello no encontramos un criterio serio de diferenciación esencial entre los acuerdos y los allanamientos.

La manera de pensar de quienes sostienen la tesis contraria a la nuestra, genera un grave problema criminógeno pues se entendería que en Colombia es buen negocio delinquir. Cualquier defraudación económica y patrimonial, consciente y delictiva, se sana allanándose a cargos, eventualmente se pagaba pena, reducida por demás, con la indebida interpretación de la norma, pero el infractor se quedaba con la riqueza ilícitamente apropiada, no devolvía un peso, o si lo hacía, en pocas cantidades. Por obvias razones la imagen de la Justicia no quedaba bien librada y nosotros los administradores de ella, menos. Ni se diga de los derechos de las víctimas y de la sociedad que se ven burlados.

Por ello, compartimos el criterio de la Corte Suprema, Sala Penal, que recoge la posición anterior y reorienta el precedente hacia la posición que defendemos. Ahora, para obtener las rebajas por allanamiento o negociaciones, es preciso la aplicación estricta del artículo 349 del C.P.P., se debe reintegrar mínimo el 50% y garantizar el pago del resto de dinero. El cambio de jurisprudencia deviene del caso Nulle, radicado número 39831, SP.14496 de 2017, del 27 de Septiembre. M. P. Francisco Acuña Vizcaya (págs 110 y ss). Es reiterado este precedente, cada vez con menos disidencias, como en los pronunciamientos SP 2259 de 2018, R. 47681, AP 1906 de 2020 R. 56254, AP 2113 de 2020, a más de los citados por el representante de la víctima: R. 56547 del 29 de julio de 2020, R. 51596 del 27 de febrero de 2019, SP 594 DE 2019, SP 14496 de 2017, T. 104902 del 11 de Junio de 2019 y STP 7731 de 2019. Es pertinente el hecho que la misma corporación retoma los pronunciamientos iniciales del 23 de agosto de 2005 R. 21954 y del 14 de diciembre de 2005 R. 21347. Por eso, no es atinado citar jurisprudencia superada por posiciones recientes, por demás que cumplen con el concepto de ser precedente judicial. Además, se ve con preocupación que las posiciones disidentes no controvierten directamente los argumentos planteados por la alta corporación, se limitan a retomar jurisprudencias pasadas y, en veces, estas son abiertamente impertinentes para la solución del problema en cuestión.

El criterio del magistrado disidente el dr. APRÁEZ VILLOTA, en mucho fundamenta su posición en una decisión de la sala presidida por el dr. NELSON SARAY BOTERO; cuando se analizan las jurisprudencias que respaldan tal posición, vemos que no son aplicables al punto de controversia:

La sentencia de la Corte Constitucional C-059 de 2010 sobre el artículo 349 del C.P.P., concluye que esa norma está conforme con la Carta. La demanda de inconstitucionalidad se refiere a una presunta discriminación entre quienes cometen delitos con contenido patrimonial y aquellos que cometen las demás infracciones penales, concluye que no hay atentado al principio de igualdad material, en tal pronunciamiento no se refiere en nada a la aplicación o no del citado artículo 349 del C.P.P., en los allanamientos, citamos los apartes pertinentes:

“En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: evitar que mediante las figuras procesales de la justicia negociada, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente. En otras palabras, se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el patrimonio económico, como parece entenderlo la demandante, sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como

delitos contra la administración pública ( vgr. peculado, concusión, cohecho, etc.). De tal suerte que, distinto a lo sostenido por la demandante, el propósito de la norma acusada no es crear una especie de beneficio o privilegio a favor de las víctimas de quienes se han enriquecido con su accionar delictivo, sino asegurarse que no disfruten de un provecho ilícito.

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

**En suma, la norma acusada no puede ser interpretada de manera aislada, sino como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada.**” (lo resaltado es nuestro)

.....

“Así las cosas, **la Corte Constitucional ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos** lo siguiente (i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos.”

Con base en el último numeral, el legislador condiciona el descuento punitivo acordado al reintegro de lo apropiado.

Concluimos: Tal jurisprudencia no refiere a la solución del problema planteado, analiza la constitucionalidad de la norma, pero no refiere a si se aplica o no el artículo 349 del C.P.P., en los allanamientos. De todas maneras conforme a lo resaltado, parece que nos da la razón.

Igual ocurre con la sentencia T-356 de 2007 también citada en la referida decisión, de su lectura se desprende que el problema a solucionar era otro: el determinar la aplicación del principio de favorabilidad penal y para ello hizo un estudio comparativo entre la sentencia anticipada de la ley 600 de 2000 y los allanamientos a cargos de la ley 906 de 2004, al final concluye que son figuras muy similares y ordena las reducciones de pena más benéficas a los accionantes.

Ahora, allí se habla de una aceptación unilateral de responsabilidad, pero a tal expresión hay que darle el contexto debido, y es que existen unos requisitos que ya fueron citados, se requiere al menos una “pretensión punitiva”, contra una persona determinada, con suficientes fundamentos probatorios, un mínimo probable al menos, a más que una manifestación libre, consciente, informada y asistida para que tenga vocación de validez y legalidad. Obvio que existen diferencias con las otras formas de negociación en donde existe mayores opciones, pero siguen su misma naturaleza “esencial”. Insistimos, en ambos casos se debe observar la condición establecida en el artículo 349 del C.P.P. para la correspondiente rebaja.

El último argumento citado en la mencionada decisión tiene que ver con las garantías que el sistema procesal penal otorga a las víctimas en orden a hacer valer sus derechos, habla del comiso, la extinción de dominio, las medidas cautelares de embargo y secuestro, las medidas cautelares en los delitos culposos, el restablecimiento de derechos en casos de títulos fraudulentos y la prohibición de enajenar bienes. Como gran crítica al mencionado argumento es que las dos primeras figuras persiguen fines distintos, las medidas cautelares se orientan al resarcimiento de los daños y perjuicios que al final -y como bien lo explica la sentencia C-059 de 2010, es completamente distinta a la figura establecida en el artículo 349 del C.P.P. Además, se tiene que hacer una distinción entre los derechos procesales y sustanciales de la víctima.

En efecto, se afirma que hay otras instancias en orden al pago de los perjuicios causados la víctima, en especial el incidente de reparación integral. Es ello cierto, pero el mecanismo contenido en el artículo 349 del C.P.P., si bien contempla un fin en orden a la desincentivar el delito, también como complemento y en firma subsidiaria es un mecanismo eficaz en orden a hacer efectivos los derechos de este interviniente especial. Sobre este punto, así razona la Corte Constitucional en la sentencia C-516 de 2007, expresa:

“Teniendo en cuenta que no existe necesaria coincidencia de intereses entre la fiscalía y la víctima, en la etapa de la negociación de un acuerdo, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral pueden resultar desprotegidos en esta fase crucial y definitiva del proceso. La intervención de la víctima en esta etapa resulta de particular trascendencia para controlar el ejercicio de una facultad que envuelve un amplio poder discrecional para el fiscal, sin que con ello se afecte su autonomía ni el ejercicio de las funciones que le son propias. Resulta manifiesto que la omisión del legislador pone en riesgo la efectividad de los derechos de la víctima y significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador en la protección de los derechos de la víctima, y por ello se torna inconstitucional.

La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.”

Si la víctima del delito es un sujeto de especial protección constitucional, es obvio que se deban efectivizar sus derechos o, al menos, los más urgentes y básicos y es precisamente la institución del reintegro un mecanismo eficaz para ese objetivo, si se puede utilizar, no resulta correcto que se le difiera su derecho a una instancia posterior y de futuro muy incierto.

En conclusión, como quiera que en este caso no existió reintegro, el procesado no tiene derecho a la rebaja de pena, al hacerlo se vulneraron de manera grave las garantías fundamentales de la sociedad y de la víctima, en consecuencia, no aceptamos como legal ni constitucional el acuerdo generado por allanamiento a cargos.

Un último argumento planteamos en defensa de nuestra tesis: En casos en los cuales el delito fuera cometido en contra de una víctima menor, lo procedente es la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 199 numeral 7 de la ley 1098: “No procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones”. Si fuera cierta la tesis contraria a la nuestra, de no incluir los allanamientos en estas modalidades, entonces ;cualquier infractor de la ley penal contra menores podría allanarse a cargos y obtener las rebajas de pena establecidas en la ley procesal! Conclusión que en nuestro sentir repugna no solo contra el código de la infancia y adolescencia y con la sistemática de los acuerdos y negociaciones en materia procesal penal.”

En el caso presente se da una situación que personalmente me repugna bajo el criterio de que no se hace justicia material, la procesada hizo un buen negocio en delinquir, se aprovechó de su cargo, se apropió de alrededor de \$100.000.000.00 del erario público, y, si bien fue condenada, no se recuperó un solo centavo de esos dineros. Al final las víctimas, que es la comunidad del municipio de Copacabana, se ve burlada con esta clase de decisiones, en mi ya larga carrera judicial no conozco un solo caso que por otras vías distintas a esta si hubiese recuperado la suma ilegalmente apropiada. Creo que los servidores judiciales debemos procurar en lo posible con nuestras decisiones que estas sean justas, en este caso, en mi criterio, repito, eso no ocurre.

Sin otro particular,



**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

MAGISTRADO