



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Anticipado: 2018-03651

Aprobado mediante acta 119

Medellín, julio veintiséis (26) de dos mil veintitrés (2023).

Procedemos a resolver el recurso de apelación presentado por la defensa contra la sentencia condenatoria proferida el 19 de mayo último por la Juez Treinta Penal del Circuito de esta ciudad, respecto de la señora **Leidy Johana Zapata Díaz** por fraude procesal y falsedad en documento privado, previstos en los artículos 453 y 289 del Código Penal.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

El 9 de febrero del presente año, en audiencia que estaba prevista para realizar la preparatoria, la señora **Leidy**

Johana Zapata Díaz manifestó que aceptaba los cargos por fraude procesal y falsedad en documento privado (arts. 453 y 289 del Código Penal), respecto a los siguientes hechos descritos en la acusación:

“La evidencia recaudada por la Fiscalía en el presente asunto permiten inferir que la señora LEIDY JOHANA ZAPATA DIAZ, se propuso defraudar al estado mediante la obtención irregular de una pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de quien en vida respondía al nombre de JUAN GUILLERMO MESA AGUDELO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.027.885.046, hechos que tienen ocurrencia a partir del día 14/10/2015, fecha en la que es radicada ante COLPENSIONES – SECCIONAL MEDELLIN, la solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de SOBREVIVIENTE por la señor LEIDY JOHANA ZAPATA DIAZ afirmando haber sido la compañera permanente del señor Juan Guillermo Mesa Agudelo.

Para tal efecto adjuntó a su solicitud su propia afirmación en documento privado denominado MANIFESTACIÓN ESCRITA DE COMPAÑERO PERMANENTE, en la que afirmó que convivió con JUAN GUILLERMO MESA AGUDELO, quien se identificó con cédula 1.027.885.046 con quien compartió lecho, techo y mesa de manera ininterrumpida que inició el 23 de mayo de 2009 y que en esa unión marital nació su hija ANA MARIA MESA ZAPATA.

También adjuntó manifestación de convivencia por terceros suscritos por Martha Luz Rivas Rios y Nelson Joaquín Suarez en sendos documentos privados que básicamente refieren lo mismo.

Conforme a la investigación tales afirmaciones resultan ser falsas, dado que la señora LEIDY JOHANA ZAPATA DIAZ es en realidad madre de una hija menor de edad del señor Juan Guillermo Mesa Agudelo, pero nunca convivió como compañera permanente del mismo, por lo que no es cierto que haya tenido unión marital con el mismo. Dicha declaración falsa y las afirmaciones falsas hechas en la solicitud de ser compañero permanente del finado JUAN GUILLERMO MESA AGUDELO constituyen

actos dirigidos inequívocamente a inducir en error al servidor público encargado de proferir el acto administrativo relativo a la solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución de una pensión de invalidez, específicamente al gerente nacional de reconocimiento de COLPENSIONES, doctor LUIS FERNANDO UCROS VELASQUEZ, quien finalmente, con la información y documentos presentados por la señora LEIDY JOHANA ZAPATA DIAZ, expidió la Resolución N° 5 407593 de 15 dic 2015 COLPENSIONES, mediante la cual se RECONOCE y redistribuye la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de JUAN GUILLERMO MESA AGUDELO.

Informa la investigación que dicha resolución es contraria a la ley, dado que el supuesto de hecho en que se funda, condición de compañeros permanentes entre el señor LEIDY JOHANA ZAPATA DIAZ y el señor JUAN GUILLERMO MESA AGUDELO es inexistente, con lo que afecto los bienes jurídicos de la Recta y Eficaz Administración de Justicia al expedirse una resolución contraria a la legalidad y la Fe pública, al elaborarse y usar documentos privados falsos”.

En audiencia posterior, realizada el 28 de marzo, ante el cuestionamiento de la Juez, el defensor confirmó que en este caso hubo incremento patrimonial de aproximadamente \$ 12.000.000 (con indexación), pero que, al tratarse de una suma bastante alta, por las circunstancias socio económicas de la procesada, le resultaba imposible su cancelación, advirtiéndole la Juez a la acusada que si aceptaba los cargos no tendría ningún beneficio. No obstante esa información, la señora **Zapata Díaz** ratificó su allanamiento, aceptación que fue avalada por la Funcionaria.

Conforme a dicha admisión, el 19 de mayo de este año se profirió sentencia en la que se le condenó a la pena principal de 72 meses y 15 días de prisión y multa de 200 salarios

mínimos legales mensuales vigentes para el año 2015, por hallarla penalmente responsable en calidad de autora de los delitos de fraude procesal y falsedad en documento privado. En igual término, como pena accesoria, fue impuesta la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, empero mediante auto posterior del 6 de junio se corrigió esta última sanción en el sentido de que se trataba de una pena principal y su término era de 60 meses. A la acusada se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no cumplir el requisito del mínimo de la sanción (artículo 63 del CP), pero, en cambio, se le concedió la prisión domiciliaria por reunir las exigencias previstas en el artículo 38 B ídem, previa suscripción de diligencia de compromiso y caución prendaria por valor de un (1) SMLMV.

En cuanto a la dosimetría de la pena privativa de la libertad, la Juez se ubicó en el cuarto menor de la conducta de fraude procesal (de 72 a 144 meses), por ser la más grave, e impuso el mínimo de 72 meses, al considerar que la *"gravedad y modalidad de cada una de las conductas punibles atrás referenciadas, no supera la intrínsecamente contenida en los tipos penales"*, no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad, pero reconoció la de menor de ausencia de antecedentes penales y, se aumentaron 15 días por el concurso con la falsedad.

En lo que es objeto de apelación, no se concedió la rebaja por el allanamiento a los cargos respecto a la conducta de Fraude Procesal, como se le advirtió a la acusada al momento de la aceptación, por haberse dado un incremento

patrimonial según los elementos aportados, que concuerdan con la narración de los hechos jurídicamente relevantes puestos de presente en la imputación y la acusación, sin que hubiese habido reintegro.

Así, no se cumplió con las exigencias del artículo 349 del CPP, ya que la restricción aplicaba también en lo atinente al instituto del allanamiento, de conformidad con lo establecido por la Sala Penal de la Corte el 27 de septiembre de 2017, en cuya sentencia se unificó el entendimiento entre las figuras del allanamiento y preacuerdo, postura que acoge por su reiteración en “aplicación del precedente”, especialmente por ese derecho de reparación que acompañaba a la víctima.

Resaltó que en la sentencia con radicado 55897 del 26 de octubre de 2022, se mencionó la obligatoriedad de acoger el precedente de esa Corporación, no pudiendo permitirse que quien se lucre con una actividad delictiva, y menos cuando se trata de dineros en su mayoría del Estado como en este caso, se quede con las ganancias que el ilícito le produjo, por lo que otorgar rebaja punitiva en este tipo de eventos, se tornaría irregular, generándose con ello la nulidad.

Concluyó que si la acusada deseaba optar por una rebaja con efectos punitivos por la materialización del allanamiento en lo referente al fraude procesal, debía cumplir con el requisito de procedibilidad reintegrándole a las víctimas por lo menos el 50 % del valor del incremento percibido con la comisión del delito, que *“en total se cuantificó por el apoderado de*

Colpensiones -reconocida como víctima-, en la suma de \$ 9.276.618.00 pesos”, y asegurar el cumplimiento del porcentaje restante, lo que no impide la aceptación, solamente la rebaja.

Advirtió finalmente que resultaba indiferente la fecha en que se cometió el ilícito, puesto que la reglamentación dada por la Corte es clara, en el sentido de que lo vinculante era el momento en que ocurrió el allanamiento.

En lo atinente a la conducta de falsedad en documento privado, se indicó que a diferencia del fraude procesal “*no implicó per se incremento patrimonial*”, por lo que era procedente concederle la rebaja de la tercera parte “*respecto de la pena anteriormente individualizada, en tanto debido al allanamiento a cargos que de manera temprana realizó **LEIDY JOHANA ZAPATA DÍAZ** ha ahorrado tiempo y economía a la administración de justicia, aceptando su culpa, lo cual no puede ser desconocido por la judicatura, disminución que ya se vio reflejada al momento de la tasación de la pena final*”.

En lo que tiene que ver con la negativa de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, y del permiso para trabajar, aspectos también discutidos por el apelante, se indicó que atendiendo el reconocimiento de la prisión domiciliaria del 38B, resultaba inane hacer algún pronunciamiento en razón a este mismo beneficio pues la sustitución ya le fue concedida por ley y, además, en gracia

de discusión, tal pedimento no fue debidamente argumentado, puesto que no bastaba solo con dar traslado de un informe socio familiar, sino explicar el cumplimiento de los requisitos legales, lo cual no se hizo.

Mientras que acerca del permiso de trabajo, se indicó que no bastaba solamente con entregar una "*certificación laboral*", sino que debía demostrarse que se cumplen los requisitos legales para su autorización, máxime cuando "*tal certificación no constituye una prueba suasorio (sic)*" para la concesión, puesto que la procesada, hallándose en libertad, ni siquiera está ligada formalmente a un contrato laboral, teniendo apenas una expectativa, ya que no se aportó contrato que demuestre su vínculo laboral. También se negó el permiso para llevar a sus hijas al colegio, pues no fue argumentado "***lo que no es óbice para que con los requisitos legales puedan ser nuevamente requeridos***".

2. La apelación.

La defensa censuró la decisión de no conceder ninguna rebaja por el allanamiento a los cargos, y la negativa de la prisión domiciliaria con base en la condición de madre cabeza de familia, del permiso para trabajar y de salida del domicilio.

Consideró que la valoración realizada por la primera instancia es restringida, prefiriéndose una interpretación más gravosa al negar la rebaja por allanamiento en aplicación del artículo

349 del CPP, haciendo una analogía con el preacuerdo, donde también se dijo que se tiene en cuenta la norma a aplicar al momento del allanamiento y no la fecha de los hechos (14 de octubre de 2015), transgrediendo el art. 29 de la Constitución, que dice que se aplica la norma vigente al momento de los hechos con una interpretación favorable al investigado, la jurisprudencia es de 2017 y posterior, y no se analizaron decisiones para el momento de los hechos *“donde si se concede rebaja por allanamiento, entre ellas la radicada 052126000206202002307”* de esta Corporación, del *“15-2-21”*, donde se apartó de la posición de la Corte por considerar disímiles los acuerdos y el allanamiento, *“se da un descuento del 40%, lo cual se reclama en esta apelación, al menos la misma rebaja”*.

Desde otra arista, le parece que no hubo incremento patrimonial *“dado que esta prestación económica igual hubiera ingresado al núcleo familiar, dado que como había una hija del causante y de la procesada, ella igual hubiera recibido el 100% de la pensión, como representante legal de la menor”*, por lo cual no podría aplicarse la exigencia del art. 349 del CPP, solicitando *“se conceda en igual término a la decisión del tribunal de Medellín referida previo a la preparatoria o concentrada del 40% de rebaja”*.

En relación con el sustituto de la domiciliaria, expresó que la Juez consideró que al conceder *“el 38 b del cp”*, resultaba inane el análisis del cumplimiento de los requisitos de madre cabeza de familia, lo que era contradictorio con el argumento de que no probó esa calidad. Están acreditados todos los

presupuestos de la Ley 750 del 2002 y sentencia SU 388 de 2005, puesto que demostró con los registros de nacimiento que su representada es madre de dos menores de 10 y 3 años de edad, y con los certificados de estudio y la información de la comisaria de familia, se acreditó que la custodia permanente, cuidado afectivo y personal de los menores los tiene su madre, y no existe otra persona que brinde este acompañamiento. La madre solo recibe 50 mil pesos de vez en cuando, de uno de los padres de sus hijos, quien se mantiene ausente en otros municipios, por lo cual no le importa el bienestar del menor, y el otro padre falleció.

Los abuelos maternos están dedicados a las labores del campo, viven en zona rural, por lo cual no se observa que puedan hacerse cargo de los menores, no hay una figura paterna a cargo, y es la procesada quien cubre sus necesidades *“con 500 mil pesos de la pensión y 50 mil o 100 mil que da el padre de Evelin, esporádicamente”*, situación que evidencia que hay una madre cabeza de familia que enfrenta las necesidades diarias de sus hijos y que tiene que trabajar en lo que resulte para poder cumplirles en lo económico y afectivo. Sus padres son campesinos que hacen lo propio para sobrevivir y apoyar en lo posible a su nietos e hija.

Entendió, entonces, que se cumple el requisito de ausencia paterna que esté presente en todo momento para apoyar, criar y brindar ayuda afectiva y económica a sus hijos, como se desprende del informe de la comisaria, no hay una asistencia sustancial del resto de la familia, que pueda

garantizar estabilidad económica y afectiva a estos menores, por lo cual se cumplen los requisitos para reconocer la condición mencionada.

En cuanto al permiso para trabajar, indicó que a la acusada *"le toca trabajar en lo que le resulte, en el municipio de Andes donde reside, por días por horas, lo que sea, en la informalidad o formalidad"*, nadie puede sostener una familia con \$550.000, por lo que la exigencia de un contrato de trabajo formal, para el estudio y viabilidad del permiso para trabajar, es desproporcionada. Se aportó una certificación de una empresa legalmente constituida que está dispuesta a darle trabajo a la señora **Leidy Johana** (con horario, labores y salario), y exigir un contrato desconoce la realidad del país, la informalidad laboral que impera, el interés superior del menor, y establece una tarifa legal no determinada por el legislador.

Finalmente, solicitó que se acceda a la petición de autorizar a la procesada *"para llevar a sus hijos al jardín y escuela, que les permita a estos dos menores no ser desescolarizados, y poder continuar su desarrollo no solo psicológico sin traumas en su niñez, si no permitir el contacto con compañeritos de escuela que ayudan a su formación..."*, puesto que, de lo contrario, tendrán que ser retirados del colegio, dado que no tienen apoyo cercano de un familiar, todo igualmente con vulneración del interés del menor.

CONSIDERACIONES

El apelante propone ante esta instancia dos problemas jurídicos principales, el primero alude a si en este caso resultaba procedente el reconocimiento del descuento por la aceptación unilateral a los cargos que al instalar la audiencia preparatoria realizó la señora Leidy Johana Zapata Díaz, por la ausencia de reintegro de lo percibido con la comisión de la conducta de fraude procesal, conforme a los términos del artículo 349 del CPP, y la jurisprudencia actual que equipara los efectos de los allanamientos y los acuerdos; y el segundo a la negativa de la prisión domiciliaria con base en una condición de madre cabeza de familia, con la consecuente negativa de un permiso de trabajo y de salida del domicilio.

En relación con el primer problema jurídico planteado, nuestra postura ha sido que si bien los allanamientos y los acuerdos no son figuras idénticas, pues el primero se genera de manera unilateral a partir del ofrecimiento efectuado por la fiscalía o por el Juez (dependiendo del momento procesal en que se encuentre la actuación), esa característica no impide que se reconozca que le son aplicables las condiciones y requisitos establecidos para los acuerdos, puesto que finalmente tienen como fuente la justicia consensuada, y así lo delineó el artículo 351 de la Ley 906 de 2004: **PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO (...)** *“MODALIDADES. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación comporta una rebaja hasta de la mitad de*

*la pena imponible, **acuerdo** que se consignará en el escrito de acusación...” (negrilla nuestra).*

En este sentido, independientemente de cuál haya sido el origen de la aceptación, la sola voluntad del procesado o su negociación con la fiscalía, ambas admisiones convergen en cierta bilateralidad que como consecuencia tiene la exigencia para el imputado o acusado del reintegro de la mitad del incremento patrimonial y haber asegurado el recaudo del remanente, lo que armoniza con la finalidad en cuanto a estas terminaciones anticipadas del proceso penal, de propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, conforme lo dispone el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia en decisión del 27 de septiembre del año 2017, radicado 39831 (SP14496-2017), expuso que se trataba explícitamente de un cambio de jurisprudencia¹ y desarrolló y fijó la regla de que el allanamiento a cargos es una modalidad del preacuerdo y con base en ello uno de los efectos es que para su aprobación, el imputado debe haber cumplido con el reintegro de la mitad de lo apropiado y haber asegurado el recaudo del remanente, por esta vía el requisito de procedibilidad también se extendía a esta modalidad, tal como en tiempo atrás había sostenido esa Corporación.

¹ “Precisiones Finales. Cambio de jurisprudencia. El allanamiento a cargos como una de las modalidades de preacuerdo entre imputado y fiscalía”.

Las razones principales para atribuirle tal naturaleza a esa figura jurídica se pueden sintetizar en que: (i) la misma se encuentra establecida dentro del título II del Libro III de la Ley 906 de 2004, denominado "Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado" y (ii) que el artículo 351 ídem prevé que *"el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito"*. También se hizo referencia a que tal interpretación armonizaba con los fines establecidos por el artículo 348 de la misma codificación, esencialmente en lo atinente a propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con el delito.

En cuanto a estos parámetros, realmente no existe discusión por parte del apelante. Sus planteamientos van dirigidos a reabrir el debate acerca de la diferencia entre ambas figuras y a cuestionar su aplicación por la fecha en que ocurrieron los hechos, previo a la vigencia de la jurisprudencia actual, pero ninguno de ellos es aceptado por esta Sala.

Es claro que la interpretación de las consecuencias jurídicas de la aceptación de cargos, obviamente está supeditada a las reglas vigentes a ese acto de allanamiento, que como en este caso ocurrió con posterioridad al precedente jurisprudencial mencionado, y ello fue debidamente informado por la Juez, por la falta de acreditación del reintegro de por lo menos la

mitad del incremento recibido y de asegurar el recaudo del remanente, conforme al artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Sin mayores o diferentes argumentos a los ya solucionados por la Sala Penal de la Corte en la sentencia enunciada, el defensor pretende variar unas disposiciones definidas por la Corte, y cuya línea jurisprudencial ha sido reiterada y se encuentra vigente, por ejemplo en sentencia del 26 de octubre del año pasado², en la que se indicó lo siguiente:

*“De tal forma, aplicando el criterio seguido desde el 2017 por la Corte conforme con el cual el allanamiento es una forma de acuerdo, **el presupuesto de validez exigido por la citada norma, consecuentemente, rige de igual manera para los casos de allanamiento a cargos que involucren delitos cuya comisión ha generado un incremento patrimonial al actor.***

Seguir una postura contraria, esto es, orientada a sostener que la aceptación de cargos en la audiencia de imputación está exenta del cumplimiento del presupuesto de reintegro, contraviene las finalidades de los “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado...”.

Debemos resaltar que en este tipo de casos, se está privilegiando la finalidad de *“propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto”*, prevista en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, que consideramos debe prevalecer, en otros términos también ha dicho la Corte que *“la teleología de las normas regulatorias de la justicia premial, no está dirigida a enviar el equivocado*

² Radicado 55897, SP3883-2022.

mensaje de que el delito es rentable y/o vale la pena”, y las eventuales decisiones que otras Salas de esta Corporación hayan adoptado en relación con este tema, no nos obligan en virtud de la independencia judicial.

Con un argumento adicional y opuesto, el recurrente intenta acceder al beneficio con el planteamiento de que realmente en este caso no hubo incremento patrimonial *“dado que esta prestación económica igual hubiera ingresado al núcleo familiar, dado que como había una hija del causante y de la procesada, ella igual hubiera recibido el 100% de la pensión, como representante legal de la menor”,* pero además de especulativo, su equivocación se extiende al punto de tratar de justificar el fraude y falsedades en que incurrió su representada para el reconocimiento de la pensión, retractación inadmisibles después de verificado el allanamiento, y que además contradice la información recaudada en esta actuación, especialmente el certificado de *“devengados”* de Colpensiones, por un valor de *“\$ 9.276.618”*:

*“Que la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, reconoció como **BENEFICIARIO** de una prestación de **SOBREVIVIENTES** a **LEIDY JOHANA ZAPATA DIAZ** identificado(a) con Cédula de Ciudadanía **No. 1027887647**. Por tal concepto durante el período 2016-01 a 2017-12 le fueron girados los siguientes valores...”³.*

³ Relacionada en el expediente digital como “050Certificado Colpensiones.pdf”.

El segundo problema se concreta en la negativa de la prisión domiciliaria con base en el reconocimiento de la condición de madre cabeza de familia, decisión que también será confirmada.

Si bien en principio podría entenderse que el defensor busca entrelazar esa condición con la consecuente búsqueda de la concesión de un permiso laboral de la acusada y salidas permanentes del domicilio para llevar y recoger a sus hijos a la institución educativa, no existe ningún fundamento legal que autorice avanzar en el análisis de varios sustitutos del encarcelamiento, cuando alguno de los que obliga el legislador para su pronunciamiento resultó ser procedente.

La Juez concedió la prisión domiciliaria con fundamento en el cumplimiento de los requisitos del artículo 38B del Código Penal, y en esa medida un pronunciamiento adicional acerca de la procedencia o no de un sustituto que tiene la misma finalidad, la privación de la libertad en el lugar de la residencia, resultaba ciertamente inane, tal como se dijo en la sentencia.

Adicionalmente, verificada la audiencia de traslado del artículo 447 del CPP, el defensor ningún argumento ofreció para justificar ese sustituto, puesto que se limitó a hacer la solicitud de reconocimiento de tal condición "*conforme al estudio socio económico y familiar que hizo la comisaria de familia*", desconociendo los requisitos que la Ley 750 de 2002 y normas que la complementan contienen, y en esa medida

tampoco resulta procedente agregar el pedimento con otros argumentos que no fueron planteados a la primera instancia para su análisis y conclusión.

Finalmente, los permisos de trabajo y salida del domicilio tampoco fueron debidamente fundamentados. El defensor alude a un "*certificado laboral*", que ni siquiera tiene esa condición puesto que simplemente es la mención de una desconocida de su disposición a emplear a la procesada, y como un acto de fe se pretende que creamos en la historia para autorizar que la enjuiciada esté por fuera de su domicilio de lunes a sábado desde las 9:00 de la mañana hasta las 5:00 de la tarde, y que adicionalmente le concedamos permiso para recoger a sus hijas en las instituciones educativas, cuando el horario de salida de por lo menos una de ellas (4:00 pm) ni siquiera concuerda con la historia del itinerario del supuesto trabajo.

En estas condiciones, la sentencia de primera instancia será confirmada, con la advertencia de que estos requerimientos podrán realizarse en cualquier momento ante los juzgados que vigilen el cumplimiento de la pena.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

FALLA

Confirmar la sentencia que por apelación se revisa. Se informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

(Con Salvamento de Voto)



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN.



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALVAMENTO DE VOTO

Radicado: 05001-60-00248-2018-03651
Acusada: Leidy Johana Zapata Díaz
Delitos: Fraude procesal y otro
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria

Comparto la doctrina que demanda el reintegro del incremento punitivo obtenido como fruto del delito realizado para que procedan rebajas de pena por allanamiento a cargos y preacuerdos, pues al fin y al cabo ambos institutos constituyen una modalidad de acuerdo —el último negociado mientras que el primero sin discusión de términos—, pero sin duda se componen con la confluencia de los consentimientos por parte de la defensa de aceptar la oferta que por ministerio de la ley debe hacer el fiscal de allanarse a los cargos. No obstante, juzgo que en el caso no aplica por cuanto la procesada no vio incrementado su patrimonio con la comisión del delito de fraude procesal, sino con el consecuencial delito contra el patrimonio económico, que no veo atribuido, causa que me obliga a salvar el voto.

A mi juicio, la lectura del artículo 349 del Código Procesal Acusatorio en lo que atañe al punto en cuestión, esto es, si únicamente aplica para el delito del cual surge el incremento de modo directo, o si también aplica a los delitos conexos, admite como suele ocurrir una interpretación restrictiva o una extensiva. Un ejemplo de ello puede verse en dos posturas de la Sala de Casación Penal al respecto:

Así, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia parece asumir la postura restrictiva en la resolución del caso Lyons en el que explica:

“En respuesta a la principal inconformidad planteada por la Contraloría General de la República y por el apoderado de la Gobernación de Córdoba, relativa a que el daño generado con el comportamiento del acusado no es compatible con los compromisos que adquirió para reparar el daño, es pertinente aclarar que el restablecimiento del derecho en torno a la apropiación de los recursos en los términos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación, está teniendo lugar en otro trámite al generarse la ruptura de la unidad procesal cuando el ente persecutor en ejercicio de sus facultades constitucionales, optó por aplicar el principio de oportunidad frente a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, motivo por el que es en aquel trámite en el que deben postularse las inconformidades en torno a la reparación de los perjuicios y la devolución al Estado de los recursos apropiados.”¹

Con estas consideraciones podría estimarse recoge tácitamente el precedente contenido en la sentencia del 27 de abril de 2011, radicado 34.829, M. P. José Luis Barceló Camacho, en el que se exhibe una interpretación extensiva, en la que se dijo:

“De suerte que afirmar ante ese conjunto de hechos que la concusión le generó incremento patrimonial a la entonces fiscal delegada, pero esa misma aptitud no la tuvo la emisión de providencias abiertamente ilegales (constitutivas de prevaricato por acción), desconoce la realidad de los acontecimientos, pues lo cierto es que los pagos indebidos se hicieron no solamente gracias a la inducción o constreñimiento, sino con el claro

¹ SP605-2018, Radicado N. 51341 del veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018). MP FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

propósito de obtener las determinaciones prevaricadoras, como en efecto se obtuvieron.

De acogerse el argumento propuesto por los recurrentes, habría de admitirse que solamente los comportamientos que atentan específicamente contra el patrimonio económico, o bien otros como el peculado, el cohecho o la concusión, son idóneos para generar un incremento patrimonial en el sujeto agente, toda vez que su descripción hace expresa alusión a la consecución o intención de obtener un beneficio.

Para poner de relieve la equivocación en el argumento de los impugnantes, basta con acudir a dos ejemplos muy claros, como son los ilícitos relacionados con la indebida celebración de contratos o el tráfico de estupefacientes -los cuales no involucran en su descripción típica la consecución o intención de obtener un incremento patrimonial-, pues la experiencia y la realidad judicial enseñan que este tipo de delitos son solamente algunos de los que generan mayor beneficio patrimonial para quienes en ellos incurren.

Pero así mismo, otras conductas como aquellas constitutivas de infracciones a la fe pública, abuso de autoridad o delitos informáticos son capaces de generar ganancias patrimoniales para el agente, sin que necesariamente a su descripción típica se integre ese elemento en particular.

Por lo tanto, la Sala reitera que son los hechos del caso, y no las particulares descripciones típicas de las conductas, los que han de tenerse en cuenta para determinar si la ejecución de un delito genera o no incremento patrimonial en el sujeto activo.”

No solo se trata de que la visión más reciente de la alta corporación prime sobre la anterior, sino también que ofrece mejores argumentos de cara a una interpretación restrictiva, por cuanto la anterior era extensiva al excluir la posibilidad de terminación anticipada obteniendo beneficios punitivos en los delitos conexos. Adicionalmente, la antigua postura ofrece reparos porque para acoger la visión actual no se requiere

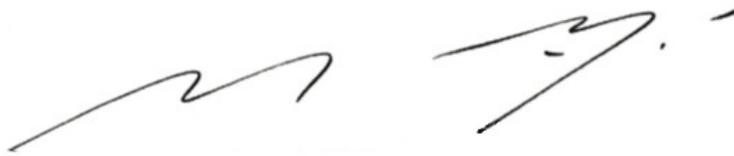
desconocer que algunos delitos que no consagran en su descripción típica la obtención de ingresos patrimoniales los generen, como puede ser el de un homicidio cometido por precio, o el narcotráfico; pero, por ejemplo, ello no implica, en este último evento, que delitos conexos como podría ser la utilización de armas no amparadas legalmente no pueda ser objeto de allanamiento o preacuerdos sin obligación de restituir el incremento patrimonial porque en rigor no puede predicarse que este sea fruto del mismo.

Si consideramos el texto literal y la finalidad de la norma, así como las necesidades de eficacia del sistema de juzgamiento, cuya introducción suponía el reforzamiento de los mecanismos de terminación anticipada, un buen punto de equilibrio se encuentra en que solo se aplique la restricción de la negociación respecto al delito que origina el incremento patrimonial, como ocurre en este caso para la estafa que se dejó de acusar y de juzgar.

No se trata en modo alguno de que las restricciones del artículo 349 mencionado para pre acordar o allanarse a los cargos opere exclusivamente contra delitos contra la propiedad, sino que como la norma no dispuso que cobijara a los delitos conexos, solo debe pesar la restricción sobre el delito que origina directamente el incremento patrimonial, en tanto el incremento se debió al cobro de las mesadas pensionales a las que no tenía derecho, para lo cual ciertamente fue indispensable la ejecución de los delitos medios, pero ciertamente, en rigor, el incremento lo produjo la estafa.

En consecuencia, juzgo que era del caso reconocer la rebaja de pena por la aceptación de cargos del fraude procesal al igual que se hizo con la falsedad documental.

Lo anterior dicho con el natural respeto por la posición mayoritaria.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO – SALA PENAL
Fecha ut supra