



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	05-001-60-99166-2018-06633
PROCESADO	ORLANDO ANTONIO CASTAÑO MORALES
DELITO	ESTAFA EN CONCURSO HOMOGENEO
PROCEDENCIA	JUZGADO 1° PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
DECISIÓN	DECLARA NULIDAD

MAGISTRADO PONENTE:
DR. ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023), mediante Acta Nro. 047 y leído en la fecha

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por el Dr. **MAURICIO ARMANDO PALMA FUERTES**, en calidad de apoderado de víctimas, contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de marzo de 2023 por la Dra. **MARÍA SOLEDAD POSADA ARBOLEDA**, Juez Primera Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, que a través de la vía del allanamiento, condenó al ciudadano **ORLANDO ANTONIO CASTAÑO MORALES** por la conducta de **ESTAFA EN CONCURSO HOMOGENEO**.

2. HECHOS

El señor **ORLANDO ANTONIO CASTAÑO**, era el propietario del establecimiento comercial denominado **Vivir Sin Fronteras**, y tenía operaciones en su residencia ubicada en la ciudad

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

de Medellín. Por medios publicitarios ofrecía planes turísticos, razón por la cual fue contactado por las señoras Carmen Lucia Fuertes, María Consuelo Osorio Valencia y Luz Dary Marín Jaramillo, recaudando por éstas la totalidad de **ciento trece millones de pesos (\$113'000.000)** de la siguiente forma:

La señora Carmen Lucía Fuertes desde la ciudad de Pasto, en el año 2016 adquirió un paquete de tres planes turísticos, el primero a Turquía y Grecia por valor de \$10'000.000 cada uno; el segundo paquete a Estambul y Dubái y el tercero para la India por valor de \$50'000.000 para tres personas siendo en total \$80'000.000.

Por otro lado, la señora María Consuelo Osorio Valencia, adquirió el 29 de noviembre de 2017 un paquete turístico con destino de Medellín a Tierra Santa, por un valor de \$17.000.000 así como la señora Luz Dary Marín Jaramillo para el hacer el mismo plan que la señora Osorio, cancelando la suma de \$16'000.000.

Los planes no fueron entregados a las adquirientes y por ende no pudieron realizar los viajes contratados, presentando el señor ORLANDO ANTONIO CASTAÑO varias excusas para no haber hecho efectivos los planes turísticos.

3. RECUENTO PROCESAL

El día 23 de noviembre de 2022, atendiendo las normas que regulan el procedimiento abreviado, la Fiscalía corrió traslado del escrito de acusación al procesado y su defensor, momento en el cual el procesado manifestó su voluntad de allanarse a los cargos. Posteriormente el 1° de diciembre del mismo año le correspondió por reparto el proceso al Juzgado Primero Penal Municipal de conocimiento de Medellín, el cual, llevo a cabo la audiencia concentrada de que trata el art 542 de la ley 906 de 2004. El 17 de marzo de 2023, se llevó a cabo audiencia verificación de allanamiento, siendo aprobada esa aceptación de cargos por el procesado en audiencia, razón por la cual se anunció sentido del fallo de carácter condenatorio.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

La Dra. María Soledad Posada Arboleda, señaló que la conducta desplegada por el señor Orlando Antonio Morales Castaño cumplía con los elementos objetivos y subjetivos del tipo de estafa, conforme al Art. 246 del C.P. en concurso homogéneo. Estaba dada la antijuridicidad material en tanto no se evidenció alguna causal de justificación para el actuar del procesado, teniendo conocimiento y voluntad de ejecutar la conducta, por ende, también estaba dada la culpabilidad a título de dolo.

Para la tasación de la pena, partió el cuarto mínimo establecido para el tipo penal, esto es 32 meses de prisión, reconoció el 50% de rebaja por el allanamiento a cargos y aumentó tres (3) meses por cada una de las otras tres conductas, para imponer una pena definitiva de **Veinticinco (25) meses de prisión y multa de 42.36 SMLMV**. Concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena a cambio de un período de prueba de dos (2) años.

5. DE LOS MOTIVOS DE DISENSO

Inconforme con la sentencia, el Dr. MAURICIO ARMANDO PALMA FUERTES, actuando como apoderado de víctimas, basando su inconformidad con la sentencia en tres puntos concretos: El primero, consistente en que no se dedujo un agravante y por ello se presentó yerro en la pena; el segundo, la falta de argumento por el cual se ubicó la pena en el cuarto mínimo y el tercero, el desconocimiento de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Señaló que, a la hora de determinar la pena, la A quo no tuvo en cuenta el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal, que hace alusión al principio de legalidad, así como el artículo 4 del Código Penal, según el cual una de las funciones de la pena es la retribución justa, lo cual no es posible lograr si no se profiere una condena acorde con la conducta cometida y conforme a lo previsto por el legislador. En la sentencia se debió aplicar la circunstancia de agravación prevista en el artículo 267 del Código Penal toda vez que se estableció que la conducta cometida era la establecida en el artículo 246 ibídem, no siendo lo mismo para el legislador un delito que atenta contra el patrimonio económico en cuantía menor que un delito de esta naturaleza en cuantía superior a 100 SMLMV, o cuando se le haya ocasionado un grave daño a la víctima, circunstancias obviadas sorprendentemente por el A quo.

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

Como segundo punto, anotó que era deber de los jueces de la Republica motivar debidamente las sentencias, conforme a lo establecido en los cánones 279 y 280 del Código General del Proceso, así como lo señalado en el Art. 59 del Código Penal que impone el deber de fundamentar los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, por lo que la decisión recurrida era una sentencia que no satisfacía los axiomas del derecho penal y de la protección de los bienes jurídicos tutelados junto con los derechos de las víctimas.

Por último, frente a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, comentó que la sentencia debía ser justa y la sanción para el que cometía un delito debía ser equiparable al daño causado, tarea que fue confiada al Estado para que la sentencia fuera justa, y una sentencia poco drástica no compensaría el daño causado a la víctima, además no podía estar por encima las estadísticas y la automatización de las decisiones por encima del factor humano que analice cada caso y tome la mejor decisión en pro de la protección a las víctimas y el aprestigiamiento de la justicia, no colaborando en su descrédito con sentencias demasiado favorables al delincuente, pues en este caso, manifestaron su inconformismo con la decisión permisiva y garantista o favorable para el delincuente, que a través de su empresa fachada Vivir sin Fronteras seguiría estafando a más personas ante la concesión de los subrogados penales.

Solicita que se haga justicia para con sus representadas y se de aplicación al Art. 267 del Código Penal.

6. DE LOS NO RECURRENTES

Pese a que se dio traslado a los sujetos no recurrentes, no efectuaron pronunciamiento alguno frente a la decisión de primera instancia.

7. CONSIDERACIONES

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Primero Penal del Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, despacho que profirió la providencia recurrida.

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

El problema jurídico planteado en el recurso de apelación consiste en establecer si la pena impuesta fue acorde o no a los parámetros legales.

Observa la Sala una situación particular que viola el principio de legalidad y el debido proceso e impide analizar de fondo el asunto en lo que tiene que ver con el allanamiento a cargos por parte del procesado y el reintegro del incremento patrimonial, y por consiguiente, habría que emitirse una declaratoria de nulidad de la actuación.

Así entonces, necesario se hace precisar que, según el artículo 29 de la Constitución Nacional *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”*.

El referido derecho es, entonces, un límite al poder del Estado en el momento de establecimiento del procedimiento, como también durante la investigación y el juzgamiento de los hechos punibles, debiéndose respetar las garantías sustanciales y procesales establecidas por la ley.

Así las cosas, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, prevé que *“Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales...”*. Comporta su declaratoria, la ineficacia del acto procesal viciado y que comprometa la estructura del proceso o las garantías fundamentales de partes o intervinientes, siempre y cuando se atienda a los principios que la orientan, los cuales son de obligatoria observancia¹, y persiguen que la actuación no sea declarada ineficaz por cualquier vicio o irregularidad².

¹ Entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de noviembre de 2008 Rad. 30539 y sentencia de 18 de marzo de 2009 Rad. 30710.

² i) Principio de taxatividad: pues sólo es posible ordenar la nulidad del proceso por los motivos expresamente previstos en la ley; ii) Principio de instrumentalidad, ya que no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado; iii) Principio de trascendencia: dado que quien la alegue debe demostrar no solo su ocurrencia, sino además como afecta el debido proceso o las garantías constitucionales; iv) Principio de convalidación: dado que la irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales. V) Principio de residualidad: Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad; vi) Principio de acreditación: pues quien la alega está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya y vii) Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

En el caso que nos ocupa, el señor Orlando Antonio Castaño Morales, al momento de dársele traslado del escrito de acusación, manifestó su intención de allanarse a los cargos que le fueron formulados en el mismo. El 17 de marzo de 2023 la juez de instancia, le advirtió al señor Castaño Morales sobre los beneficios y las consecuencias de esa aceptación. No obstante, omitió informarle de manera clara y precisa al imputado que la rebaja de hasta el 50% por la aceptación de cargos estaba condicionada a que se reintegrara el incremento patrimonial percibido como producto de la conducta punible por él desplegada, que ascendía a la suma de ciento trece millones de pesos (\$113'000.000), a efectos de hacerse merecedor a dicha rebaja.

Como si fuera poco, la juez concedió la rebaja del 50% de la pena, por lo que resulta procedente analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que rigen la figura del allanamiento a cargos para luego de ello determinar si se está en presencia de una irregularidad y/o violación de derechos, y si aquella se enmarca como como causal de nulidad.

Dentro de la categoría del trámite abreviado, anticipado o anormal, el Código de Procedimiento Penal tiene previstas dos formas de terminación anticipada del proceso: una a partir de la simple y llana aceptación de los cargos imputados, y la otra, derivada de la celebración de acuerdos con la Fiscalía, cada una de las cuales trae aparejada no solamente sus propias particularidades de realización, sino también específicas consecuencias en la determinación de la punibilidad.

El procedimiento abreviado mediante el cual se adelantó el allanamiento que ocupa la atención de la Sala, según el Art. 536 del Código de Procedimiento Penal, inicia cuando el fiscal hace el traslado del escrito de acusación mediante el cual le comunica al indiciado los cargos por los cuales será acusado, informándole la posibilidad de aceptarlos para obtener un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena, actuación que equivale a la formulación de imputación para todos los efectos procesales.³

Acto seguido, le corresponde al funcionario judicial, de garantías o de conocimiento, según la fase procesal en que el allanamiento se presente, verificar que la aceptación de

³ CJS SP 931-2016, rad. 43.356 de 3 de febrero de 2016.

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

responsabilidad penal se hubiere llevado de manera libre, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de un defensor (art. 8 C.P.P. Literales b, k, l), que no se presente la violación de garantías fundamentales, pues en tales eventos, la jurisprudencia de la Corte ha entendido que la intervención del juez no se limita a la verificación de aspectos formales con miras al proferimiento de un fallo de condena, sino que su función también implica la posibilidad que aquellas manifestaciones de culpabilidad que conlleven a la sentencia no sean resultado de la transgresión de derechos y garantías fundamentales del procesado.

De igual manera ocurre, cuando en el transcurso del proceso y hasta la instalación del juicio oral, el procesado decide allanarse a los cargos, el juez debe verificar que esa manifestación de culpabilidad se haga de manera libre, consciente, espontánea y voluntaria, sin presiones ni coacciones, explicándole claramente las consecuencias del allanamiento y cuáles serían los beneficios del mismo, y otorgar la rebaja de pena correspondiente acorde a la etapa en que se encuentre el proceso.

Precisado lo anterior, recordemos que en principio el allanamiento a cargos no se le consideraba como parte integrante de los acuerdos, postura a la que no era ajena la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, lo que generó múltiples discusiones en los estrados judiciales, pues al considerarse un acuerdo para la aprobación de la aceptación de cargos resultaría necesario dar cumplimiento a las previsiones que contempla el artículo 349 del C.P.P., en el que se establece que en aquellos delitos en los que el imputado o acusado, haya obtenido provecho económico producto del ilícito y medie allanamiento a cargos, será requisito de procedibilidad el reintegro de por lo menos la mitad de lo apropiado así como el aseguramiento del recaudo del remanente, como presupuesto previo para obtener la rebaja de pena.

Y es que de aprobarse el allanamiento con el otorgamiento de la rebaja de pena sin que se haya efectuado el reintegro del incremento patrimonial, se estaría premiando a quien delinque, pues quien es objeto del delito no obtendría la devolución de lo birlado y el delito no puede ser fuente de derechos ni del principio que rige el Art. 349 procesal.

Como bien lo recuerda la Corte Suprema de Justicia, que a la vez cita la Corte Constitucional, la figura del reintegro tiene una finalidad específica y es desestimular el delito, eventualmente puede también cobijar los derechos de las víctimas, pero su finalidad impone evitar que el

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

delincuente disfrute de los beneficios patrimoniales obtenidos del delito, así razonaron las corporaciones antes mencionadas:

“Ahora bien, cuando la Corte precisó en aquella ocasión 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”, tal precisión ha de entenderse en el sentido de que la obtención de un incremento patrimonial a partir de la ejecución de cualquier actividad delictiva, queda cobijado en el supuesto factico de la norma consagrada en el artículo 349 pluricitado. Ello en nada obsta para concluir que, bajo ese entendimiento, la hipótesis normativa de índole condicional que se analiza, en tratándose de conductas punibles en que el beneficio ilícito es presupuesto típico inexorable, siempre concurrirá”.

Además, la Corte Constitucional, al revisar la asequibilidad del artículo 349 del C.P.P./2004, en la sentencia C-059 de 2010 arribó a una conclusión similar a partir de una interpretación – especialmente- teleológica de la disposición en comento. Obsérvese:

*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”.*⁴

Conforme lo anterior, le asiste la razón a la Corte Suprema de Justicia en su posición mayoritaria⁵, a más de lo dicho por el Tribunal en la Sala, cuando impone para los allanamientos el requisito del reintegro, con ello se impide que los acuerdos constituyan una burla a la justicia y a la sociedad.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto interlocutorio AP 7233 DE 2014 R. 44906 de 26-11-14.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicados 39831 del 27 de Septiembre de 2017, reiterada en auto 55166 del 19 de febrero de 2020 .

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

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 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, -como en el caso que nos ocupa- 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. cuando se trataba de allanamiento a cargos. 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 en este punto, 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

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

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 del 27 de septiembre de 2017. 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, 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.

Huelga advertir que las disposiciones anteriores, también tienen ámbito de aplicación en el procedimiento especial abreviado, esto es, el establecido en la Ley 1826 de 2017 el cual en estricto sentido es idéntico al establecido en el procedimiento ordinario y difiere sólo en algunos conceptos, precisamente para darle celeridad a los asuntos que deben tramitarse por dicho procedimiento y que es el espíritu de la norma, o en aspectos como la rebaja de pena que otorga un 50% pese a la captura en flagrancia. Así mismo, el Artículo 11 de la citada ley establece el principio de integración, el cual establece que en todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por el procedimiento abreviado, se aplicará lo dispuesto en el Código Penal y de Procedimiento Penal.

Con base en ello, tenemos que el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, regula la improcedencia de los acuerdos cuando no se ha restituido el 50% del incremento patrimonial y no se ha garantizado el otro 50% por cualquier medio, norma que realmente es un principio

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

que informa a toda la institución de la justicia negocial y que perfectamente puede aplicarse transversalmente tanto al procedimiento ordinario como al procedimiento abreviado.

De lo anteriormente expuesto podemos afirmar que: **i)** La conducta imputada representó un atentado al patrimonio económico, como la consagra el artículo 246 del Código Penal; **(ii)** Es claro el incremento patrimonial recibido por el imputado con ocasión de la ejecución de la conducta descrita; **iii)** No se reintegró el 50% del incremento percibido a la víctima; y **iv)** no aparece asegurado el pago del remanente.

Escuchado el audio de la instalación de la audiencia de verificación de allanamiento, es evidente que en momento alguno ni la Fiscalía ni la judicatura y mucho menos el defensor, ilustraron al imputado en debida forma sobre la obligatoriedad de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en el evento de allanamiento, pues en ese caso, había que advertirle que era viable la aprobación del mismo pero que no obtendría rebaja de pena al no haberse efectuado el reintegro de al menos el 50% del incremento patrimonial y garantizar el recaudo del remanente por alguna otra forma para hacerse acreedor a la referida rebaja, por manera que ante el desconocimiento de esa situación por parte del procesado, se presenta un vicio del consentimiento, ya que, de conocer que al no reintegrar el incremento patrimonial percibido, no obtendría rebaja de pena, y por tanto, era decisión suya allanarse o no, pero con la plena convicción que no obtendría ninguna rebaja, vicio que no es posible sanear en esta instancia y por ello se hace necesario decretar la nulidad de la actuación.

De igual manera, la A quo cometió yerro en reconocer la rebaja de pena por el allanamiento sin que se hubiera efectuado el reintegro de lo que se obtuvo como objeto del ilícito y que incrementó el patrimonio del procesado, por manera que resulta viciado ese allanamiento a cargos, en primer lugar porque al procesado no se le informó ni por la Fiscalía y mucho menos por la judicatura que no tendría derecho a rebaja por la falta de reintegro, y peor aún, que la juez de primera instancia no haya hecho siquiera mención a ello en la sentencia, desconociendo el precedente antes aludido de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, frente al momento a partir del cual se debe decretar la nulidad, es importante precisar que si bien por parte de la Fiscalía no se le informó al procesado en el instante del traslado del escrito de acusación que a pesar del allanamiento no obtendría rebaja de pena al no haber reintegrado lo concerniente al incremento patrimonial, lo cierto es que el juez al verificar ese

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

allanamiento, sí debía comunicarle dicha situación, para que el señor Castaño Morales tomara la decisión de ratificar o no ese ese allanamiento a cargos, pero lo cierto es que el procesado concurrió a aquella diligencia y expresó que su aceptación era libre, consiente y voluntaria, bajo el desconocimiento de la obligación de reintegro que contenía dicha aceptación al tratarse de un delito que afectaba el patrimonio económico y un eventual enriquecimiento ilícito, en tanto era presunto autor de un delito de estafa, por ello, si esa situación no es previamente explicada en detalle, no se dejan las constancias del caso y se omiten aspectos relevantes sobre los cuales versa la misma que afectan directamente los beneficios de la negociación, se vulnera el debido proceso que le asiste al acusado, al hacerlo incurrir en vicios que alteran su libre, consiente y voluntaria aceptación, como antes se indicó. Por ello, la nulidad debe decretarse desde la instalación de la audiencia en la que se efectuó la verificación del allanamiento a cargos ante el juez de conocimiento, pues el traslado del escrito de acusación es un acto de parte –Fiscalía- que no es susceptible de nulidad.

En estas condiciones resulta imperativo que el juez, en este caso, precise todos los factores que den vía libre al allanamiento para que el procesado pueda acceder a los beneficios que otorga la ley. Por tanto, será obligación del Fiscal, al momento del traslado del escrito de acusación, o del juez cuando conoce del asunto, informar al imputado cuales son los requisitos para allanarse a los cargos respecto del delito en el que se acredite un incremento patrimonial, así como la imposibilidad de ser beneficiado con alguna rebaja de pena, si no reintegra el 50% de lo apropiado y garantiza el recaudo del saldo, con base en la liquidación concreta que presente la fiscalía, respecto del delito que genera el incremento patrimonial.

De este modo la nulidad de la actuación será desde la audiencia de verificación de allanamiento efectuada por el Juez de conocimiento que llevó a efecto el 17 de marzo de 2023, donde se le debió informar sobre el contenido expreso del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, conforme a la sentencia con radicado número 39831, SP14496 del 27 de septiembre de 2017. M. P. Francisco Acuña Vizcaya, precisándole que en caso de allanarse a cargos por el delito de estafa no será beneficiado de ninguna rebaja de pena si no reintegra el 50% de lo apropiado y garantiza el recaudo del saldo que quede pendiente.

Recordemos en este punto, que la aceptación de cargos siempre debe estar basada en un consentimiento informado, no solo de la imputación fáctica y jurídica sino además de los derechos a los que se renuncian y los beneficios ciertos que obtendrán, y que en el caso

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

concreto se reduce a que el imputado sería beneficiado de una sustancial rebaja de la pena, hasta del 50% pero solo si cumple con los requisitos previstos en el artículo 349 del C. de P.P.

Por último, es pertinente exhortar a la Fiscalía para que al momento de dar traslado del escrito de acusación al señor Castaño Morales, analice si efectivamente es procedente o no deducir la agravante que echa de menos el representante de víctimas en la apelación y que se encuentra consagrada en el Art. 267 del Código Penal, en tanto, una de las estafas fue por una cuantía de \$80'000.000 en el año 2016, y el salario mínimo para ese año tenía un monto de \$689.454, por manera que superaría ampliamente los 100 SMLMV y por consiguiente, en principio sí procedería dicha agravante.

Como antes se indicó, en virtud que la norma del procedimiento ordinario puede aplicarse transversalmente al abreviado, la Fiscalía tiene la potestad en la audiencia concentrada de modificar, corregir, adicionar o aclarar el escrito de acusación y acorde a su criterio, determinar si tiene en cuenta lo indicado en el párrafo anterior, que por demás es un asunto de naturaleza objetiva y no de valoración subjetiva establecer si concurre la agravante indicada, que de acogerla, en nada modifica el núcleo fáctico y por el contrario se atiene a él.

En tales condiciones, la invalidez declarada deja sin efectos la sentencia proferida, sin que haya lugar a pronunciarse en torno a la libertad, pues al procesado no le fue impuesta medida de aseguramiento en esta oportunidad.

En mérito de lo expuesto la sala Penal del Tribunal Superior Medellín,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad del allanamiento a cargos efectuado por el procesado **ORLANDO ANTONIO CASTAÑO MORALES** desde la audiencia de verificación de allanamiento efectuada el 17 de marzo de 2023 y por la cual se profirió sentencia el 28 de marzo de 2023, para que se rehaga la actuación de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Remitir el expediente al Juzgado 1° Penal Municipal de Conocimiento de

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 05 001 60 99166 2018 06633
Procesado: Orlando Antonio Castaño Morales
Delito: Estafa
Decisión: Declara Nulidad

Medellín para lo pertinente, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

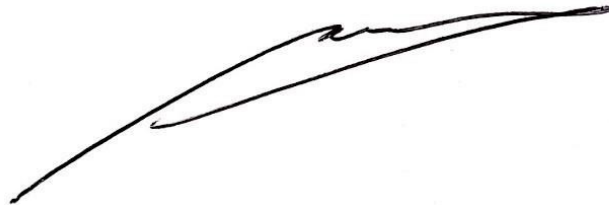
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado