



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 99 166 2018 13758
Acusado	Iván Darío Arcila Valencia
Delito	Estafa Agravada (Art. 246 Inc. 1° y Art. 267 numeral 1° del C.P.) Cuantía de 130 millones de pesos
Hechos	22 enero 2018
Juzgado <i>a quo</i>	Treinta y cuatro (34) penal municipal con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación de sentencia en virtud de allanamiento a cargos en audiencia concentrada del Art. 542 del C.P.P. Procedimiento especial abreviado, Ley 1826 de 2017.
Consecutivo	SAP-S-2023-17
Aprobado por Acta	N° 85 de 29 de marzo 2023
Audiencia de exposición	Jueves, 30 de marzo de 2023; Hora: 1:30 p.m.
Tesis	En el allanamiento a cargos no aplica el Art. 349 del C.P.P. De oficio se concede la rebaja de pena correspondiente a la audiencia concentrada del Art. 542 del C.P.P. La Sala del Tribunal se aparta del precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia en torno al Art. 349 del C.P.P. y la justicia penal premial.
Decisión	Confirma y se redosifica sanción.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, marzo treinta (30) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA.

2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Es el ciudadano IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 98.533.052. expedida en Itagüí, Antioquia; nacido el 3 abril 1971 en Santa Bárbara, Antioquia; residencia en la calle 2ª N° 79-153.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según el escrito de acusación se concretan así:

«En la ciudad de Medellín, el día 22 de enero de 2018 el señor IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA, CC. 98.533.052 obtuvo un provecho ilícito, en la suma de noventa y ocho millones (\$98.000.000), con perjuicio de la señora LIGIA MARÍA COSSIO, CC. 32.103.150 al celebrar promesa de compraventa el día 22/01/2018, sobre el apartamento 401 de un edificio en construcción, ubicado en la calle 27 N° 75-21 del Barrio Belén San Bernardo, haciendo creer que tenía disponible el apartamento para la venta, cuando así no lo era, dado que había celebrado promesa de compraventa sobre el mismo apartamento, el día 20/12/2017 con la señora ANA MARÍA OSORIO RODRÍGUEZ, CC. 42.889.658.

El señor IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA conocía que estaba obteniendo un provecho ilícito, al prometer en venta el apartamento 401 que ya había vendido y quiso su realización, de esta manera lesionó sin justa causa el patrimonio económico de la señora LIGIA MARÍA COSSIO.

El señor IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA tenía la capacidad de comprender que celebrar un contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble que ya había vendido, es ilícito y tenía la capacidad para determinarse de acuerdo a esa comprensión.

El señor IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA conocía que tramitaba y celebrara un contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble que ya había vendido y le era exigible un comportamiento ajustado a derecho.

Es por lo que se considera que el señor IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA, CC. 98.533.052 puede ser autor de la conducta punible de ESTAFA descrita en el libro segundo, título VII, capítulo tercero, artículo 246 del Código Penal, el cual dice:

«El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de...».

Según el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, el delito de ESTAFA es sancionado con la pena de prisión de:

«treinta y dos (32) a ciento cuarenta (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales

mensuales vigentes”: la cual se le aumenta las circunstancias de agravación punitiva, conforme al artículo 267 código penal, el cual establece lo siguiente:

“Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa: 1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica»

Es de anotar que de conformidad con los elementos materiales probatorios y evidencia física EMP y EF recaudada en esta indagación, puede la Fiscalía inferir con probabilidad de verdad, que usted IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA, CC. 98.533.052 es responsable a título de autor, de la conducta punible de ESTAFA de la que fue víctima la señora LIGIA MARÍA COSSIO, CC. 32.103.150.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1826 del 12 de enero de 2017, que adiciona el Capítulo II a Título I del Libro VII de la Ley 906 de 2004, artículo 536 y ss., en presencia de su defensor, se procede a dar traslado al escrito de acusación al señor IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA, **esto es, que se le acusa a título de autor de la conducta punible de ESTAFA, conducta que se encuentra descrita y sancionada en el artículo 246 inciso primero del Código Penal, agravada por el artículo 267 numeral 1° del Código Penal**; así mismo se le informa que: (...).

1. De conformidad con el artículo 536 del C.P.P. que a partir de este momento adquiere la calidad de parte en la actuación penal.
2. Que si es su deseo y por tratarse de una conducta de carácter querellable, puede usted conciliar con la víctima, la cual deberá informar a este despacho a efectos de realizar la respectiva audiencia
3. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 537 numeral 3, le informo que si es su deseo, puede usted ALLANARSE A LOS CARGOS en el acta de traslado del escrito de acusación, que de hacerlo antes de la audiencia concentrada de que trata el artículo 542 del C.P.P., tendrá usted derecho a una rebaja hasta de la mitad de la pena a imponer, como ya se le indicó es de Treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos mensuales vigentes, la cual se agravaría de una tercera parte a la mitad, por tratarse de un caso con un valor superior a 100 SMLMV; de no hacerlo en este momento tiene la posibilidad de hacerlo al inicio de la audiencia concentrada, en la cual la rebaja ya sería de una tercera parte; o en la audiencia de juicio oral, en la cual ya solo tendría derecho a un sexta parte.

En relación con su posible aceptación de cargos, debe asesorarse usted de su abogado defensor y comunicar lo pertinente al suscrito Fiscal antes de la audiencia concentrada, si es su deseo obtener la rebaja antes mencionada».

El 3 de marzo de 2020, la Fiscalía General de la Nación, conforme al rito del procedimiento especial abreviado, Ley 1826 de 2017, dio traslado del escrito de acusación en contra de IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA formulándole cargos por el delito de estafa agravada. Art. 266 y 267 numeral 1° «*sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica*».

El implicado no aceptó los cargos.

El 13 de enero de 2021, en trámite de audiencia concentrada, el procesado **se allanó a los cargos**.

5. AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA (ART. 447 DEL C.P.P.)

La delegada Fiscal, doctora NATALIA ANDREA MORA, indicó que desconoce si el procesado cuenta con antecedentes penales. En cuanto al *quantum* punitivo debe regir el primer cuarto de movilidad, equivalente a una pena entre los 32 a 60 meses de prisión; con base al Art. 61 del C.P. al momento de determinar la pena, se tenga en cuenta el inciso 3°, el daño real creado y causado a la víctima, generándole un detrimento patrimonial; también solicitó se tuviera en cuenta el Art. 349 del C.P.P., la cual acogió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2019. rad. 54954. En cuanto a la pena de multa, solicitó se parta de 66.66 a 1500 smmlv.

El apoderado de víctimas, doctor CARLOS ANDRÉS DÍAZ ALZATE, coadyuvó la solicitud de la Fiscalía. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el procesado no ha devuelto los dineros de los cuales se apropió.

El apoderado del implicado, doctor VÍCTOR MARIO PELÁEZ PARDO, solicitó se tenga en cuenta el allanamiento y el Art. 61 del C.P., las circunstancias de menor punibilidad, se parta del cuarto mínimo a imponer; y, adicionalmente instó se conceda el Art. 63 del C.P., suspensión de la ejecución de la pena.

6. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La juez 34° penal municipal con funciones de conocimiento dictó sentencia por medio de la cual condenó a IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA a la pena de treinta y dos (32) meses de prisión y multa equivalente a 66.66 smmlv, valor éste que se debe depositar en la cuenta de depósitos judiciales que para el efecto tiene el Consejo Superior de la Judicatura, por el delito de *Estafa* del Art. 246 inciso 1° del C.P. No se hizo rebaja de pena por disposición prohibitiva del canon 349 del C.P.P.

Como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo lapso. Concedió la suspensión de la ejecución de la pena del Art. 63 del C.P.

Los argumentos para imponer la pena, fueron los siguientes:

«Luego de un juicio de valor encaminado a precisar que la conducta del acusado ARCILA VALENCIA tiene relevancia, determinado que su actuar está descrito en el ordenamiento penal y es hallado penalmente responsables, ha de imponérsele las consecuencias legales asignadas por el legislador a esta clase de delitos. Tratándose de la conducta punible de Estafa, será la pena principal la prisión y la multa y la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas la pena accesoria.

Se procede por la conducta punible de Estafa, que tipifica el Código Penal en el título VII, capítulo tercero, libro segundo, artículo 246 inciso 1º, que se sanciona con una pena de prisión de 32 a 144 meses y multa de 66.66 a 1.500 smlmv.

Atendiendo la colaboración del condenado con el allanamiento y ante la no procedencia de rebaja por este concepto dado el considerable incremento patrimonial en el acusado, (Sent 39.31 septiembre de 2017, Sent 55.166. Febrero 19 de 2020 Corte Suprema de Justicia) **consideraremos el mínimo de la pena, por tal motivo y como tampoco se le imputaron circunstancias de mayor punibilidad se impondrá 32 meses de prisión y 66.66 SMLV como multa, valor éste que se debe depositar en la cuenta de depósitos judiciales que para el efecto tiene el Consejo Superior de la Judicatura**».

7. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA FISCALÍA

El Fiscal 111 Local, doctor YUBER MARULANDA PÉREZ apeló la decisión en punto a la tasación de la pena.

Manifestó que con el delito ***el procesado obtuvo provecho ilícito por \$98.000.000*** que fue el valor que le pagó la señora LIGIA MARÍA COSSIO por el apartamento prometido en venta y que nunca devolvió.

Que el despacho le puso de presente la sentencia SP Rad. 39831 del 27 de septiembre de 2017, indicándole que para la rebaja debe cancelarse el incremento patrimonial fruto del ilícito.

La juez de primer grado condenó sin tener en cuenta el agravante de la conducta enrostrada, pues en traslado del escrito de acusación se puso de presente que ***el delito endilgado es estafa agravada***, Art. 267 numeral 1º del C.P.

Por lo expuesto, solicitó emitir condena, pero que se incluya el agravante al momento de la tasación de pena.

8. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL APODERADO DE LA VÍCTIMA

El apoderado de víctimas, doctor CARLOS ANDRÉS DÍAZ ALZATE solicitó se revise la tasación de la pena en este asunto.

Resaltó que el allanamiento se hizo conforme al escrito de acusación. El delito por el cual se acusó fue **estafa agravada**; es decir, el procesado aceptó la acusación tal y como la estaba efectuando el ente acusador.

No se podía partir del mínimo de la pena, pues existe un agravante.

Adicionalmente **no se reparó a la víctima** y se le concedió la suspensión de la ejecución de la pena del Art. 63 del C.P., calificando la sentencia como injusta.

Textualmente mencionó:

«En la Sentencia condenatoria impuesta por la Juez de conocimiento, se le impartió la pena mínima al sentenciado, no tomando en cuenta que pese a que el mismo no tenía antecedentes, existía en la acusación una circunstancia de agravación punitiva, por cuanto no se podrían partir del cuarto mínimo en la pena a imponer, además que nunca se efectuó por parte de este una indemnización a la víctima, teniendo recursos con que hacerlo, pero insolventándose para afrontar la actuación penal, y si bien no hubo lugar a rebaja de penas se le otorgó el subrogado penal de la ejecución condicional de la ejecución de la pena, lo que hace tildar de injusta la sentencia, que es uno de los fines de la misma, puesto que el condenado, aceptó abiertamente que estafó a mi representada en la suma que ronda los cien millones de pesos (\$100.000.000.00) M.L.C. y quien podrá seguir gozando de su libertad con un mínimo de limitaciones».

9. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos de los impugnantes.

10. EL DELITO ENDILGADO FUE CON CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

Coinciden los censores, fiscal y apoderado de víctima, que se impuso pena por el delito tipo del canon 246 inciso 1° del Código Penal, haciendo abstracción absoluta de la circunstancia de mayor punibilidad que, fáctica, jurídica y probatoriamente, se imputó, en la medida que la cuantía fue superior a los 100 smlmv para el momento de los hechos (año 2018).

La denunciante, LIGIA MARÍA COSSIO, en versión jurada de 6 de agosto de 2018, informa que le entregó en efectivo la suma de 130 millones de pesos al vendedor IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA, de todo lo cual tiene los recibos; el valor del contrato fue de 150 millones de pesos,

El salario mínimo legal mensual correspondiente al año 2018 es de \$781.242 pesos.

La cuantía de la apropiación ascendió a la suma de 130 millones de pesos.

Cien salarios mínimos legales mensuales correspondientes al año 2018 asciende al valor de 78'124.200, así que el valor de la apropiación, en efecto, superó dicho guarismo.

En este sentido les asiste razón a los censores, pues la sentencia no guarda consonancia con los cargos endilgados, y demostrados, en el *sub lite*.

Los extremos punitivos serán entonces desde 42,6 meses de prisión hasta 216 meses y multa equivalente a 88,88 smlmv hasta 2250 smlmv para el año 2018, según el canon 60 numeral 4 del Código Penal.

Con respecto al subrogado penal se volverá más adelante.

11. TESIS QUE SOSTIENE ESTA SALA DE DECISIÓN: EN EL ALLANAMIENTO A CARGOS NO APLICA EL CANON 349 DEL C.P.P.

La Sala de oficio, abordará otro problema jurídico no propuesto por los impugnantes y es el relacionado con la rebaja de pena y el artículo 349 del C.P.P en tema de allanamiento a cargos, que fue la figura escogida por el procesado para la terminación abreviado del proceso penal.

11.1 MARCO NORMATIVO

Expresa el canon 349 de la Ley 906 de 2004:

«Artículo 349. **Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado.** En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente».

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-059 de 3 febrero 2010.

Se expresó en la mencionada sentencia de constitucionalidad: «*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*».

El fiscal del caso **deberá establecer probatoriamente este aspecto**, a efectos de una posible negociación, pues el valor no es de libre creación de las partes¹.

¹ CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

No se puede confundir el reintegro del incremento percibido producto del delito con la indemnización de los daños causados a la víctima de aquél, rubros independientes que tienen naturalezas jurídicas distintas.

Este requisito debe ser establecido con suficiencia por el juez de conocimiento².

11.2 JURISPRUDENCIA EN EL SENTIDO QUE EL CANON 349 DEL C.P.P. SE DEBE CUMPLIR EN LA NEGOCIACIÓN Y EN EL ALLANAMIENTO A CARGOS

La Sala Penal de la Corte sostuvo en una línea jurisprudencial que se inició con la providencia CSJ SP, 8 abril 2008, rad. 25.306, que no había similitud entre allanamiento y preacuerdos, es decir, que son institutos diferentes. La consecuencia necesaria de la tesis es que el Art. 349 del C.P.P. se aplica a la negociación, mas no al allanamiento a cargos.

Esta tesis se mantuvo hasta la sentencia CSJ SP, 27 septiembre 2017, rad. 39.831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, retomando la tesis del proveído CSJ SP, 23 agosto 2005, rad. 21.954, que allanamientos y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, con la consecuencia que el canon 349 C.P.P. se aplica a ambos institutos.

Luego, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (por mayoría), en algunas providencias, y a modo de *obiter dicta*, indicó que el canon 349 del C.P.P. se debe aplicar a la negociación y a la aceptación unilateral de cargos.

Mediante providencia CSJ AP 4884-2019, rad. 54.954 de 30 octubre 2019, ya a modo de *ratio decidendi*, la Corte asume que el canon 349 del C.P.P. se aplica a la justicia premial en sus vertientes de negociación y allanamiento a cargos. La decisión contó con salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier, en ese tema puntual.

En la línea jurisprudencia entonces, siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, sea que se trate de allanamiento o preacuerdo, se requiere reintegrar el 50% del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, en concordancia con lo previsto en el artículo 349 del C.P.P.³.

Criterio reiterado en CSJ AP 1906-2020, rad. 56.254 de 12 agosto 2020, en un caso donde el implicado se allanó a cargos de estafa agravada en modalidad masa y el juez de control de garantías le advirtió reiteradamente que no tendría rebaja de pena por aceptación de cargos por no haber dado cumplimiento al Art. 349 del C.P.P. Se afirmó en esta providencia que las subreglas judiciales llamadas a regir el caso son las vigentes para la época en que se produce la aceptación de responsabilidad.

Esta providencia contó con un salvamento de voto (magistrado Eugenio Fernández Carlier) en el sentido que en el allanamiento a cargos no aplica el Art. 349 del C.P.P. y la vía adecuada para la reclamación de perjuicios es el incidente de reparación integral.

² CSJ SP 2295-2020, rad. 50.659 de 8 julio 2020.

³ CSJ AP 4884-2019, rad. 54.954 de 30 octubre 2019.

En la decisión CSJ SP 287-2022, rad. 56.914 de 9 febrero 2022, la Corte mantuvo la posición de manera mayoritaria, pero la decisión contó con cuatro (4) salvamento de voto en ese tema específico. Criterio que se reiteró en CSJ AP 2419-2022, rad. 57.974 de 1° junio 2022.

El asunto, como se ve, **no es unánime** en las providencias de la Corte.

11.3 ESQUEMATIZACIÓN DE LAS POSICIONES DE LA CORTE SOBRE EL PARTICULAR

Podríamos esquematizar las posiciones de la Corte sobre el artículo 349 del C.P.P., de la siguiente manera:

DEBE REINTEGRAR EN ALLANAMIENTO	NO DEBE REINTEGRAR EN ALLANAMIENTO
	CSJ SP, 23 agosto 2005, rad. 21.954
	CSJ SP, 14 diciembre 2005, rad. 21.347
CSJ SP rad. 21.347 de 14-12-2005. Ley 600 de 2000. A modo de simple <i>obiter dicta</i> .	
	CSJ SP rad. 25.306 de 08-04-2008. Asunto regido por la Ley 600 de 2000
	CSJ SP rad. 31.063 de 08-07-2008;
	CSJ SP, rad. 29.473 de 14-05-09. En preacuerdo debe cumplir con el Art. 349 C.P.P.
	CSJ SP 31.063 de 08-07-2009
	CSJ AP rad. 34.493 de 13-09-2010
	CSJ SP rad. 34.829 de 27-04-2011. En preacuerdo. Diferencias
	CSJ SP rad. 36.502 de 05-09-2011.
	CSJ SP rad. 40.174 de 09-04-2014. <i>Ratio decidendi</i> . Solo para negociación y no para allanamiento.
CSJ SP 14496-2017, rad. 39.831 de 27-09-2017. Caso <i>Nule</i> . <i>Obiter dictum</i>	
CSJ SP 364-2018, rad. 51.142 de 21 febrero 2018. Magistrados Cúcuta	
CSJ SP rad. 51.833 de 28 febrero 2018. Caso del senador Bernardo Miguel Elías Vidal. (Ley 600 de 2000)	
CSJ SP 2259-2018, rad. 47.681 de 20 junio 2018. La jurisprudencia no aplica al caso	
CSJ STP 7731-2019, rad. 104.902 de 11 junio 2019.	

Tutela de Pasto.	
CSJ AP 4884-2019, rad. 54.954 de 30 octubre 2019 S.V. Mag. Eugenio Fernández Carlier	
CSJ AP 1906-2020, rad. 56.254 de 12 agosto 2020 S.V. Mag. Eugenio Fernández Carlier	
CSJ SP 287-2022, rad. 55.914 de 9 febrero 2022. Con cuatro salvamentos de voto).	
CSJ SP 3883-2022, rad. 55.897 de 26 octubre 2022. Con tres salvamentos de voto, dos parciales).	
CSJ AP 2419-2022, rad. 57.974 de 1º junio 2022. Se obtuvo rebaja del 12.5% por flagrancia, pero se pretendía retractación.	

11.4 ARGUMENTOS DE LOS SALVAMENTOS DE VOTO EN EL SENTIDO QUE EL ART. 349 DEL C.P.P. SOLO APLICA A LA NEGOCIACIÓN Y NO AL ALLANAMIENTO

Los salvamentos de voto a la providencia CSJ SP 287-2022, rad. 55.914 de 9 febrero 2022, los podremos sintetizar así:

➤ **Salvamento de voto del magistrado Gerson Chaverra Castro**

Se desatiende el tenor literal del canon 349 del C.P.P. que hace referencia a que «no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía», según los artículos 27, 28 y 29 de la Ley 57 de 1887, así que se hace una interpretación *in malam partem*, proscrita por el ordenamiento jurídico. En efecto, se extiende lo odioso de una disposición a una institución jurídica que lo excluye (Art. 31 de la Ley 57 de 1887; Art. 6º C.P.).

En la aceptación unilateral de cargos también están preservados los derechos de las víctimas por vía de los diferentes mecanismos previstos en el ordenamiento procesal que van desde aquellos de justicia restaurativa, hasta el incidente de reparación integral o la acción de extinción de dominio.

El allanamiento sin reintegro previo, como el preacuerdo con el cumplimiento del artículo 349 del C.P.P., no es incompatible con la reparación integral.

➤ **Salvamento de voto del magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán**

Dentro del marco de la normatividad de la Ley 906 de 2004, la consagración de las figuras del allanamiento a cargos y los preacuerdos en capítulos independientes;

la primera, en el correspondiente a la formulación de imputación; y, la segunda, en el que atañe a los preacuerdos y negociaciones propiamente dichas, supone, desde su origen, la intención legislativa de plasmar dos alternativas diferenciadas de terminación anticipada del proceso.

La imposición analógica del canon 349 de la Ley 906 de 2004, a los allanamientos, supone una analogía *in malam partem*.

Lo exigido por la Sala mayoritaria afecta de manera ostensible los presupuestos teleológicos y materiales que dentro del espectro de la justicia premial animan el sistema dispuesto en la Ley 906 de 2004, al punto de obligar llevar a juicio todos estos asuntos, con evidente daño a los postulados de celeridad y economía procesales, para no hablar de la posibilidad enorme de congestión, que conduzca a absoluta inmovilidad.

El artículo 349 del C.P.P. no está dirigido a resarcir perjuicios a las víctimas. Hay otras formas para resarcir a la víctima: medidas cautelares de embargo y secuestro, prohibición de enajenar bienes en los términos del Art. 97 C.P.P., medidas al amparo del Art. 92 del C.P.P., suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, contemplada en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, el incidente de reparación integral de perjuicios.

➤ **Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar**

Un acuerdo depende de que el acusador esté dispuesto a celebrarlo, y por ello es que existe el allanamiento a cargos.

Lo anterior aparece claramente reflejado a lo largo de la Ley 906 de 2004, así: (i) el artículo 287 dispone que es deber de la Fiscalía relacionar los hechos jurídicamente relevantes e informarle al imputado sobre la posibilidad de allanarse a la imputación; (ii) el artículo 356, que regula la audiencia preparatoria, establece que el juez debe darle la oportunidad al procesado de manifestar «*si acepta o no los cargos*», y, de hacerlo, «*procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer*»; y (iii) los artículos 367, 369 y 369 regulan la misma actuación, en el juicio oral, con la diferencia de que, ante la aceptación de los cargos, el procesado «*tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena*».

Es claro que el legislador, acorde con la tradición jurídica en esta materia, a la par de las formas consensuadas de terminación de la actuación penal (acuerdos y principio de oportunidad, principalmente cuando, en este último ámbito, se trata de las causales de colaboración), estableció la posibilidad para el procesado de someterse unilateralmente a los cargos estructurados por la Fiscalía en la imputación y la acusación.

La introducción de las dos figuras refleja el propósito de establecer formas de terminación consensuada de la actuación penal, así como la posibilidad de que el procesado pueda acceder a ciertos beneficios de forma unilateral, esto es, sin depender de la voluntad del acusador. Por demás, esta interpretación se ajusta totalmente al principio hermenéutico del **efecto útil**, en cuanto privilegia la interpretación que genera consecuencias jurídicas, sobre aquella que hace irrelevante la disposición legislativa que diferencia las dos figuras.

En el artículo 351 del C.P.P. se refirió a la aceptación de cargos como un «*acuerdo*», ello no constituye razón suficiente para eliminar la diferenciación entre las dos figuras, por las siguientes razones: (i) en las normas que regulan la imputación, la audiencia preparatoria y el juicio oral, se estableció la obligación de darle la oportunidad al imputado o acusado de aceptar los cargos, a cambio de una rebaja claramente establecida en la ley; (ii) en ninguno de esos eventos el legislador dispuso que, a renglón seguido, las partes tuvieran que celebrar un acuerdo; (iii) por el contrario, como sucede con la regulación prevista en los artículos 396 y siguientes, consagró la obligación de diferenciar en qué eventos el sometimiento a la condena corresponde a una decisión unilateral, y cuándo es producto de un consenso; y (iv) de hecho, estableció consecuencias distintas, pues, en el primer caso, el juez debe aplicar la pena que corresponda, disminuida en los porcentajes previstos en la ley, mientras que, en el segundo, debe estarse a la pena establecida por las partes, siempre y cuando no se presente la violación de derechos o garantías.

Existen múltiples herramientas con las que cuenta el Estado para evitar que el delito se convierta en fuente de riqueza, entre las que se destacan la extinción de dominio –con las notorias prerrogativas otorgadas para la persecución de este tipo de bienes–, así como la penalización del testaferrato y el lavado de activos.

Exigir que en todos los eventos de aceptación unilateral deba existir un acuerdo sobre la pena, contraría lo establecido por el legislador sobre las funciones del juez frente a esta forma de terminación del proceso, pues los artículos 356 –cuando la aceptación de cargos ocurre en la preparatoria– y el artículo 367 –cuando ello sucede en el juicio– disponen que el juez procederá a aplicar las rebajas allí previstas, «*a la pena imponible respecto de los cargos aceptados*».

La devolución prevista en la norma no puede asimilarse a la reparación a las víctimas (Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2010).

El ordenamiento procesal penal consagra límites diferentes para la aceptación unilateral a los cargos y para los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y el procesado.

La redacción del artículo 349 del C.P.P. es incompatible con la aceptación unilateral de cargos

➤ **Salvamento de voto del magistrado Fernando León Bolaños Palacios**

Comparte las razones de los salvamentos de voto de sus colegas de Sala.

Adicionalmente, el artículo 349 del C.P.P. menciona exclusivamente «*acuerdos o negociaciones*», sin aludir expresa ni tácitamente a los allanamientos. Si ello es así, no se vislumbra razón válida para discernir intrincadamente acerca de por qué, los allanamientos habrían quedado abarcados por el espectro restrictivo del artículo 349 en comento.

El allanamiento a cargos es un derecho puro y simple del implicado, que este puede ejercer o no, de manera unilateral; al punto que para ello ni siquiera es preciso que dialogue al respecto con la Fiscalía General de la Nación; y los delegados no están facultados para oponerse a su trámite, bajo el pretexto de que el delito es muy grave, o que le parecen muy generosas las disminuciones de la

pena que genera; y ni siquiera que cuentan con las pruebas necesarias para conseguir una condena en el juicio oral.

En cambio, los preacuerdos y negociaciones son un proceso dialéctico, contractual, con expresión de expectativas, tanto de la Fiscalía como de la defensa; y en cuyo desarrollo suelen presentarse discusiones acerca de las pretensiones de cada parte. La negociación se fundamenta en motivos de oportunidad, economía y conveniencia no sólo para el implicado, sino también, en modo preponderante, para el Estado-Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, un giro en la política criminal del Estado, para condicionar el allanamiento a cargos al reintegro, al menos parcial, del incremento patrimonial, no corresponde hacerlo desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; pues, en atención a la restricción de derechos que involucra, con efecto en las penas imponibles, debe pasar por el legislador y, si fuere el caso, adoptarse por medio de un cambio normativo, luego del debate democrático.

11.5 EL CANON 349 DEL C.P.P. NO APLICA AL SIMPLE ALLANAMIENTO A CARGOS. ARGUMENTOS DESDE LA MISMA LEY

Desde **la misma ley** se infiere que los preacuerdos y los allanamientos son diferentes, ontológicamente y en sus consecuencias, aunque hacen parte del género de terminación anticipada del proceso penal.

En efecto, expresa el artículo 293 C.P.P. que «*Si el imputado por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación*» (se subraya). Esa «o» es disyuntiva, no copulativa.

La *oración coordinada* es un tipo de oración compuesta que está formada por dos o más oraciones unidas por conjunciones o por locuciones conjuntivas (conjuntos de palabras que funcionan como una conjunción).

La *oración coordinada copulativa* indica unión o suma y se caracteriza por estar unida mediante un nexo copulativo y la oración coordinada disyuntiva está formada por dos oraciones que se contradicen, unidas normalmente por la conjunción «o»⁴.

El artículo 61 del C.P., parte final, expresa que «*El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa*».

Lo dicho, porque en el allanamiento, que no es negociación, es el juez quien impone la sanción a través del sistema de cuartos de movilidad (Art. 61 C.P.). En el allanamiento, en cambio, la fiscalía ni la defensa fijan los cuartos de movilidad donde el sentenciador ha de imponer la sanción.

Expresa el mismo artículo 351 del C.P.P.:

⁴ <https://open.books4languages.com/spanish-a1-grammar/chapter/oraciones-coordinadas-copulativas-y-disyuntivas/>

«**Artículo 351. Modalidades.** La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación (...).

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. (...).

En el evento que la fiscalía (...) proyecte formular cargos distintos y más gravosos (...), **los preacuerdos deberán referirse a esta nueva y posible imputación**». (se subraya).

Según la norma hay una aceptación de cargos (unilateral, que es el allanamiento a cargos) y al lado **también** existe el acuerdo entre «*el fiscal y el imputado*».

Aunque esa «*igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada*»⁵ está referida a que, en la terminación anticipada del proceso penal, el género⁶ son las «*negociaciones*» y las especies⁷ corresponden a los «*acuerdos*» (preacuerdos) y los allanamientos (aceptaciones). El «*acuerdo*» no es el género.

La diferenciación igualmente se desprende de las expresiones utilizadas en los artículos 288 numeral 3, 356 numeral 5 y 367 numeral 2 del C.P.P.

Finalmente, expresa la Ley 1761 de 6 de julio de 2015 que regula el *Feminicidio*.

«**Artículo 5º Preacuerdos:** La persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar un medio del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias».

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

11.6 ARGUMENTOS DESDE LA DOCTRINA EXPUESTA EN SALVAMENTO DE VOTO

En el salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier (CSJ AP 4884-2019, rad. 54.954 de 30 octubre 2019 y CSJ AP 1906-2020, rad. 56.254 de 12 agosto 2020), se presentan los siguientes argumentos para demostrar que el canon 349 C.P.P. solamente se aplica a la negociación y no al simple allanamiento a cargos.

En la terminación anticipada del proceso penal, el género son las «*negociaciones*», las especies corresponden a los acuerdos (preacuerdos) y los allanamientos (aceptaciones). El «*acuerdo*» no es el género.

⁵ <https://dle.rae.es/tambien>

⁶ Según el DRAE: 1. m. Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes.

⁷ Según el DRAE: 1. f. Conjunto de elementos semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes.

La acción a ejecutar en los verbos transitivos («*celebrar*» del Art. 349 C.P.P.), en el plano personal, no se revierte en el mismo que la ejecuta sino en otro, involucra al menos a dos personas, en este caso, al fiscal y al inculcado y su defensor, premisas estas que conllevan a caracterizar el preacuerdo como un acto de carácter bilateral, naturaleza propia del acuerdo o preacuerdo, de la que no participa el allanamiento o aceptación unilateral.

La aceptación o el allanamiento a cargos es un acto unilateral del indiciado o inculcado. Así lo estableció el legislador con autoridad al señalar en el artículo 283 del C. de P.P. que:

«Artículo 283. **Aceptación por el imputado.** La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga».

Las diferencias del allanamiento y el preacuerdo las marcan el momento procesal en que proceden, las facultades de cada parte, la citación o intervención de la víctima, la oportunidad procesal en que pueden estructurarse, el beneficio a obtener (rebaja de pena solamente en el allanamiento) y los ámbitos de movilidad para determinarlos (en los preacuerdos rebaja de pena, readecuación típica, eliminación de un cargo, etc.), la imposibilidad del fiscal para oponerse al allanamiento (que no existe en el preacuerdo), salvo afectaciones con trascendencia constitucional, la decisión del inculcado de naturaleza unilateral en los allanamientos y de carácter bilateral en los preacuerdos, además que el fundamento del preacuerdo es un acuerdo de voluntades, mientras que el allanamiento se estructura con una adhesión del inculcado a la imputación del fiscal.

El artículo 349 del C.P.P. es de carácter prohibitivo y por ende de aplicación restrictiva por el juzgador, y si se aplica al allanamiento a cargos será una analogía *in malam partem*.

El principio de legalidad está contemplado en el Art. 29 incisos 2° y 3° de la Carta; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 9°; Código de Procedimiento Penal, Art. 6°; Código Penal, Art. 6°, entre otras disposiciones.

Una de las prohibiciones que emana del principio de legalidad (*nulla poena sine lege*) es la **prohibición de analogía**, pues no es posible crear figuras penales, imponer penas y medidas de seguridad por vía analógica.

En el derecho punitivo, a diferencia de los demás sectores del plexo normativo, no es posible llenar lagunas y vacíos legales (ausencia de disposición legal) con base en normas semejantes, pues de esa manera podría lesionarse la seguridad jurídica, tenida como intangible por el Estado social y democrático de Derecho⁸.

La analogía, en palabras de la Corte Constitucional en sentencia C-083 de 1995, es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente

⁸ Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal, parte general*, Primera edición, Universidad Sergio Arboleda y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2017, pp. 88-89.

irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. Su justificación se encuentra en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la Ley. Su consagración dimana del artículo 230 de la Constitución.

Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como **analogía legis**, y se la contrasta con la **analogía juris** en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

En materia penal, la prohibición de la analogía no es absoluta.

En efecto, expresa la parte final del canon 6° del Código Penal:

«Artículo 6°. **Legalidad.** (...).

(...)

La analogía solo se aplicará en materias permisivas».

Postulado que también está contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.

De la anterior disposición se desprende:

Uno: Que en materia penal se excluye la aplicación en disfavor del reo: *in malam partem*.

Dos: Se permite la aplicación analógica en cuanto beneficia al procesado: *in bonam partem*.

La analogía como método jurídico que permite extender los efectos de la ley a un caso parecido no previsto en ella, conduce a la aplicación de la norma a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero similar a otros que sí aparecen contenidos en el texto legal⁹, lo cual exige en el cuerpo normativo la existencia de la disposición que contenga hechos semejantes al que pretende ser abarcado por esta¹⁰.

La analogía es la relación de semejanza entre dos cosas distintas.

En sentido lógico corresponde a una forma de razonamiento o inferencia similar a un silogismo en la cual una de las premisas es esa relación de semejanza.

⁹ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, Parte general*, quinta edición, Barcelona, España, 2002, p. 86.

¹⁰ CSJ SP 5104-2017, rad. 40.282 de 5 abril 2017.

La relación de similitud ha de partir del estudio de las propiedades y finalidades de una cosa a fin de compararlas con la otra y establecer así los puntos en común en aspectos tanto cuantitativos, como cualitativos.

Denominada en latín *exemplum* o razonamiento por vía de ejemplo, es explicada mediante la siguiente fórmula; A es B; C es similar a A; Luego C es B.

Jurídicamente se la conoce con el aforismo *ubi eadem ratio; ibi eadem dispositio juris debet* («**donde existe la misma razón; deben aplicarse las mismas disposiciones de derecho**») y se traduce en atribuir a un caso no regulado el tratamiento de uno que si es abordado legalmente.

Entonces, bajo los principios fundantes de justicia y equidad, la analogía se constituye en una forma de razonamiento, de argumentación y valoración jurídica realizada con posterioridad al procedimiento interpretativo en el cual no se encuentra norma aplicable al caso en estudio, y que busca ante la similitud de elementos y características que un hecho no previsto por el legislador reciba el mismo tratamiento de uno expresamente regulado¹¹.

Recuérdese que el numeral 10 del artículo 55 del Código Penal, expresa que también es circunstancia de menor punibilidad: «10. *Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores*».

Disposición que permite, a no dudarlo, la aplicación analógica porque es en beneficio del procesado.

ANALOGÍA EN MATERIA PENAL	
Analogía <i>in malam partem</i>	Analogía <i>in bonam partem</i>
Prohibida en el ordenamiento jurídico penal.	Permitida expresamente en el ordenamiento jurídico penal (Art. 55 numeral 10, C.P.).

Así entonces, la ponderación, inherente a la aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización, se traduce en hacer efectivo el *principio pro homine*, en virtud del cual se coloca a la persona humana como valor superior, primero, torna efectiva la concepción antropocéntrica de la Carta Política, también llamada *dogmática ius humanista*, que se materializa frente a otros fenómenos jurídicos¹², tales como:

- 1) Limitar lo menos posible y sólo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal (***principio favor libertatis***).
- 2) Resolver la duda a favor del sindicado (***principio in dubio pro reo***).
- 3) Presumir la inocencia del procesado hasta que obre decisión definitiva ejecutoriada por cuyo medio se declare su responsabilidad (***principio de presunción de inocencia***).
- 4) No agravar la situación del condenado cuando tenga la condición de impugnante único (***principio non reformatio in pejus***).

¹¹ CSJ SP rad. 26.136 de 26 agosto 2009.

¹² CSJ SP rad. 23.567 de 4 mayo 2005.

5) Aplicar la analogía sólo cuando sea beneficiosa al inculcado (***analogía in bonam partem***).

6) Preferir en caso de conflicto entre distintas normas que consagran o desarrollan derechos fundamentales la que resulte menos gravosa en punto del ejercicio de tales derechos (***cláusula de favorabilidad en la interpretación de derechos humanos***).

No existe norma que imponga para el allanamiento su inviabilidad cuando no se repara por quien acepta cargos en los delitos que generan daño patrimonial a la víctima, por lo que hacerse extensivo los alcances del artículo 349 del C.P.P. al allanamiento es aplicar analogía, que no es dable hacer porque la materia de la prohibición que se estableció en el artículo 349 *ídem* está reservada a los acuerdos (preacuerdos) y no comprende los allanamientos.

11.7 EVITAR QUE SE OBTENGAN BENEFICIOS PUNITIVOS SIN COMPROMETER SUS FORTUNAS

En la sentencia C-059 de 2010, se dijo por la Corte Constitucional

«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».

Esta expresión no puede servir para aplicar, por analogía ***in malam partem*** las obligaciones del canon 349 del C.P.P. al simple allanamiento a cargos.

En efecto, los bienes en el proceso penal cumplen diferentes funciones, así:

BIENES EN EL PROCESO PENAL	
1. Como evidencia física o elemento material del delito	Art. 275 C.P.P.
2. Como objeto material del delito	Ejemplo, vehículo objeto de falsedad marcaria por regrabación de sus seriales. Es que « <i>un vehículo con sus piezas regrabadas es el objeto material de un delito y, por eso, no puede ser un bien de libre comercio</i> » ¹³
3. Como medio de reparación susceptible de medidas cautelares	Art. 11-c, Art. 22 y el Art. 114-12 C.P.P.
4. Como medio de sanción o pena, con finalidad de comiso	Arts. 82 y 83 C.P.P.

¹³ CSJ SP rad. 40.159 de 17 abril 2013.

5. Susceptible para promover la acción de extinción del derecho de dominio	Arts. 34 y 58 C. Pol., La extinción del derecho de dominio y el procedimiento para hacerla efectiva fue inicialmente regulada por la Ley 333 de 1996, posteriormente derogada por la Ley 793 de 2002. Esta última fue objeto de varias modificaciones introducidas con las Leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011. Finalmente fue sustituida por la Ley 1708 de 2014, denominada Código de Extinción de Dominio, con las modificaciones de la Ley 1849 de 19 julio 2017. Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003
--	---

Además, la víctima siempre cuenta con la posibilidad de iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios (Art. 102 y ss. C.P.P.), en principio, salvo situaciones de **privilegio exorbitante** como es el caso de la DIAN.

Cuando la DIAN ha iniciado la acción de cobro coactivo no imposibilita que se adelante el proceso penal¹⁴.

Hay que diferenciar entre la acción de cobro coactivo administrativo y la acción penal. La acción de cobro coactivo de ninguna manera enerva lo actuado dentro del proceso penal, pues ese mecanismo apenas se encamina a obtener los dineros que dejó de consignar por impuestos el procesado, al tanto que el trámite penal tiene como objeto la comisión del delito inserta en esa omisión¹⁵.

El cobro coactivo es un mecanismo legal, cuya finalidad se asemeja a la acción ejecutiva, es un instrumento o «**privilegio exorbitante**»¹⁶ del cual la ley dotó a algunas entidades de la administración pública para ejercer directamente el cobro forzoso de las deudas fiscales que tiene el deber de recaudar, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria¹⁷.

Ese privilegio exorbitante dota a la administración pública de medios suficientemente eficaces para asegurar el recaudo forzoso al margen de que se haya dado o no curso a la acción penal¹⁸.

Adicionalmente, no puede aceptarse que, si la entidad de Derecho Público ha tramitado la acción de cobro coactivo, se habilite paralelamente a promover el incidente de reparación integral dentro del proceso penal, con la excusa de la ineficacia del cobro coactivo porque no logró el pago de la obligación omitida¹⁹.

¹⁴ CSJ AP 5389-2019, rad. 54.532 de 12 diciembre 2019.

¹⁵ CSJ AP, 28 septiembre 2011, rad. 37.369; CSJ AP 5389-2019, rad. 54.532 de 12 diciembre 2019.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias T-455 de 1994, C-666 de 2000, C-799 de 2003, T-604 de 2005.

¹⁷ CSJ SP 8463-2017, rad. 47.446 de 14 junio 2017; CSJ AP 3166-2019, rad. 53.823 de 5 agosto 2019.

¹⁸ CSJ SP 8463-2017, rad. 47.466 de 14 junio 2017.

¹⁹ CSJ SP 8463-2017, rad. 47.446 de 14 junio 2017; CSJ AP 3166-2019, rad. 53.823 de 5 agosto 2019; CSJ AP 5389-2019, rad. 54.532 de 12 diciembre 2019.

Con respecto al pleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto, es muy frecuente también en la praxis judicial que se adelanten trámites por el procedimiento administrativo de cobro coactivo contemplado en los artículos 98 a 101 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 18 enero 2011, CPACA), lo cual puede imposibilitar el ejercicio de la acción a través del trámite incidental.

El canon 823 del Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989, para el caso de la DIAN, expresa que: «*Para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, deberá seguirse el procedimiento administrativo coactivo que se establece en los artículos siguientes*» (Concordante con los Arts. 826, 828 y 867-1 Estatuto Tributario).

También podrá la DIAN adelantar la demanda ante la jurisdicción civil competente, en los términos del canon 843 del Decreto 624 de 1989, que expresa: «*La Dirección General de Impuestos Nacionales podrá demandar el pago de las deudas fiscales por la vía ejecutiva ante los jueces civiles del circuito. Para este efecto, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, o la respectiva autoridad competente, podrán otorgar poderes a funcionarios abogados de la citada Dirección. Así mismo, el Gobierno podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados*»²⁰.

Si la entidad de Derecho público (parágrafo Art. 104 CPACA) ha adelantado el cobro de la obligación correspondiente y de sus respectivos intereses a través del procedimiento administrativo de cobro coactivo, donde por lo general hay medidas previas cautelares de embargo y secuestro de bienes, o ante la jurisdicción civil, por hechos que además constituyen ilícito penal, por ejemplo, la omisión de agente retenedor o recaudador (Art. 402 C.P.), entonces no puede iniciar el trámite de incidente de reparación integral ante el juez penal de conocimiento pues estaría cobrando doblemente una misma obligación.

Cuando la autoridad administrativa cuente con un «**privilegio exorbitante**»²¹, lo debe agotar internamente y no puede acudir a otras instancias judiciales.

11.8 EL ART. 349 C.P.P. ES CONDICIÓN DE LEGALIDAD Y PROCEDIBILIDAD DEL PREACUERDO

En alguna oportunidad la jurisprudencia consideró que el referido artículo 349 del C.P.P. aplicaba tanto para el allanamiento como para el preacuerdo²².

Esa postura fue expresamente modificada por la Sala de Casación Penal de la Corte para sostener que la condición del artículo 349 del C.P.P. solo es exigible frente a los preacuerdos²³, no para los allanamientos²⁴, aunque tal aspecto sigue

²⁰ Artículo declarado exequible, únicamente por los cargos analizados en la demanda, mediante sentencia C-649 de 13 agosto 2002.

²¹ Corte Constitucional, sentencias T-455 de 1994, C-666 de 2000, C-799 de 2003 y T-604 de 2005.

²² CSJ SP, 8 abril 2008, rad. 25.306.

²³ CSJ SP 4514-2014, rad. 40.174 de 9 abril 2014.

²⁴ CSJ AP, 14 mayo 2009, rad. 29.473; CSJ AP, 27 abril 2011, rad. 34.829; CSJ SP, 5 septiembre 2011, rad. 36.502; CSJ SP4514-2014, rad. 40.174 de 9 abril 2014.

siendo objeto de cuestionamiento y la jurisprudencia se inclina para imponer la obligación a la justicia penal premial.

El canon 349 de la Ley 906 de 2004 impone una condición de legalidad previa para efectos del preacuerdo o negociación, sin cuyo cumplimiento no es posible el estudio de fondo de la negociación por el juez de conocimiento²⁵.

Es condición de procedibilidad del acuerdo²⁶. Se debe cumplir el canon 349 del C.P.P., cuando se presenten los presupuestos de la norma. Esta es una condición de legalidad del acuerdo.

El reintegro del valor se refiere al delito realmente cometido.

Algunas disposiciones del Código Penal contemplan rebajas de pena por razón de la indemnización integral en delitos contra el patrimonio económico (artículo 269 del C.P.); por cesación del mal uso, reparación de lo dañado, corrección de la aplicación oficial diferente, o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses, en los delitos contra la administración pública (artículo 401 del C.P.), razón por la cual se estudiarán en capítulos separados, pues redundan, adicionalmente, en rebajas sustanciales de pena como un derecho del procesado.

11.9 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 349 DEL C.P.P.

En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, para la celebración de la negociación con la fiscalía, se requiere como condición previa a su estudio de fondo:

Uno: Que se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento (50%) del valor equivalente al incremento percibido por la comisión del ilícito.

Dos: Que se asegure el recaudo del remanente, esto es, de al menos el otro cincuenta por ciento (50%) del valor equivalente al incremento percibido.

Varias **precisiones se deben hacer** con respecto a la norma en cuestión:

El reintegro económico de que trata el artículo 349 del Código Procesal Penal, se define con base en los hechos objeto de investigación, de los que se extrae la consecución o intención de obtener un provecho económico, y no por la mera descripción típica de la conducta²⁷.

El tenor literal de la disposición normativa precitada, cobija todas las hipótesis en las cuales la actividad delictiva generó alguna forma de rendimiento económico para quien la ejecutó, con independencia de si la naturaleza de aquélla presupone o no ese resultado como uno de sus elementos típicos estructurales²⁸.

²⁵ CSJ AP, 27 abril 2011, rad. 34.829.

²⁶ CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906 26 noviembre 2014.

²⁷ CSJ AP rad. 29.473 de 15-05-09; CSJ AP rad. 34.829 de 27-04-11.

²⁸ CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906 de 26-11-14.

Se debe realizar el pago efectivo a la víctima de al menos el cincuenta (50%) por ciento²⁹, o más, y prestar **garantía seria** (con posibilidad razonable de recuperación o pago) del remanente.

Cuando se utilicen letras de cambio como garantía de pago para el remanente del cincuenta por ciento (50%), debe pagarse antes de la sentencia de primera o única instancia, pues la letra de cambio lleva implícita la condición resolutoria con conformidad con el Art. 882.1 del Código de Comercio³⁰, así:

«Artículo 882. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año».

Para la garantía del remanente, existen diferentes formas: real o con entrega de bienes, prenda con tenencia de bienes, caución con dinero efectivo, caución de compañía se seguros o entidad bancaria, constitución de hipoteca, títulos valores y entrega de bienes con valor significativo, etc.

11.10 **CONDICIONAMIENTOS DEL ARTÍCULO 349 C.P.P. EN LA NEGOCIACIÓN**

El allanamiento y el preacuerdo hacen parte de la justicia penal premial, pero son diferentes³¹.

La restricción del artículo 349 del C.P.P. procede para los preacuerdos, mas no para el simple allanamiento a cargos³², como ya quedó dicho.

El canon en mención, se insiste, es una **condición obligatoria de procedibilidad** para el acuerdo o negociación, pero no para el allanamiento a cargos³³.

²⁹ CSJ SP rad. 24.817 de 22-06-06; Artículo 1626 Código Civil.

³⁰ CSJ SP rad. 24.817 de 22 junio 2006.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2006; CSJ SP rad. 36.502 de 05-09-11.

³² CSJ SP rad. 25.306 de 08-04-08; CSJ SP rad. 28.161 de 09-04-08; CSJ AP rad. 29.473 de 14-05-09; CSJ AP rad. 34.829 de 27-04-11; CSJ SP, 5 septiembre 2011, rad. 36.502.

³³ CSJ AP rad. 34.829 de 27-04-11.

Cuando la estructura típica del delito implica necesariamente la obtención de un provecho económico para el agente, la sola ejecución de la conducta prohibida ubica el suceso en el ámbito material regulado por el artículo 349 del C.P.P. de 2004, pues **el incremento patrimonial es presupuesto de la consumación del ilícito**.

Así ocurre, p. ej., en los delitos contra el patrimonio económico ajeno o en el peculado por apropiación, toda vez que, en esta clase de infracciones, el apoderamiento o la apropiación de bienes por parte del sujeto activo, es elemento determinante de la tipicidad (Art. 10, C.P.), por lo que el enriquecimiento se advierte indiscutible³⁴. Otros delitos: concusión, cohecho, etc.

En el delito de peculado, entonces, con independencia de que el ilícito se haya hecho en provecho del autor o de un tercero, la única particularidad es que el funcionario titular de la facultad de disposición sobre el patrimonio público, hace uso de ella para (i) apropiárselo y, luego, (ii) beneficiar a otras personas, con lo cual no hace más que ejercer uno de los atributos de la propiedad ilícitamente obtenida³⁵.

Cuando la descripción típica de un comportamiento demanda en el agente la obtención o, cuando menos, la pretensión de un beneficio o utilidad de cualquier naturaleza, entonces el logro de un provecho económico activa la exigibilidad de la condición de legalidad de las negociaciones prevista en el artículo 349 del C.P.P.

Es decir, la conducta típica en concreto realizada implica el resultado que condiciona la viabilidad de los preacuerdos.

En efecto, en delitos como concusión y cohecho, el recibo de dinero o de otra utilidad patrimonial es una de las modalidades conductuales mediante las cuales pueden realizarse los respectivos tipos penales³⁶; así también en el homicidio agravado por el precio, la promesa remuneratoria o el ánimo de lucro (Art. 104 numeral 4° C.P.).

En los demás eventos, cuando el delito produce ventajas patrimoniales al sujeto activo, **aunque esta ganancia no constituya exigencia típica, ni siquiera de manera eventual**. entonces la aplicación del Art. 349 C.P.P. dependerá que, en la actuación, a más de la demostración de los requisitos típicos, **se acredite la concurrencia de ese resultado que es ajeno a la naturaleza del delito**³⁷.

La condición de legalidad del artículo 349 C.P.P., se aplica, pues, para todos los delitos en los que se produzca incremento patrimonial, *vr. gr.*, narcotráfico, lavado de activos, peculado, concusión, cohecho, delitos contra el patrimonio, etc.³⁸.

El incremento patrimonial **no** implica siempre un correlativo detrimento para una persona determinada.

En la generalidad de los eventos, serán 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

³⁴ CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906 de 26-11-14.

³⁵ CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906 de 26 noviembre 2014.

³⁶ CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906 de 26-11-14.

³⁷ CSJ AP, 27 abril 2011, rad. 34.829; CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906 de 26-11-14.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2010; CSJ AP rad. 34.829 de 27-04-11.

sujeto activo³⁹.

Ahora bien, es posible, cuando se trate de intereses privados, transar o conciliar al respecto, es decir disponer de la deuda; cuando hay acuerdo con la víctima, se debe reintegrar el monto pactado⁴⁰, no así cuando se trate de intereses públicos, en cuyo caso se debe reintegrar o indemnizar en su totalidad⁴¹.

La condición que se estudia es diferente a la denominada Justicia restaurativa y al incidente de reparación integral de perjuicios (IRI). El canon 349 C.P.P. no implica necesariamente el pago de perjuicios⁴².

El fin u objetivo de la norma es que no se obtengan generosos beneficios punitivos sin comprometer las fortunas ilegales⁴³.

Es deber de la fiscalía entonces investigar el monto del incremento patrimonial antes de la celebración de las negociaciones⁴⁴.

La Corte Suprema de Justicia matizó las exigencias del canon 349 del C.P.P., bajo los siguientes argumentos:

«Obviamente, para insistir en las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, no en todos los casos en los que se produce un incremento patrimonial producto de la conducta punible existe un correlativo detrimento para una persona determinada, y tampoco en todos los eventos en que esto ocurre es posible realizar actos de disposición.

Debe diferenciarse, entonces, en primer lugar, aquellos delitos que afectan el patrimonio económico público de los que lesionan el privado, pues en los primeros no es admisible la conciliación que consolidaría el detrimento del erario.

En segundo lugar, cabe distinguir las conductas que producen aumento patrimonial en quienes las ejecutan y un simultáneo empobrecimiento de quienes las padecen, como todas las que afectan el patrimonio económico público o privado, de aquellas que solo representan incremento para el autor, como, por regla general, las vinculadas al tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito de particulares.

Con estas precisiones, se concluye, frente al artículo 349 de la Ley 906 del 2004, que el valor reintegrable debe ser total cuando el afectado sea el patrimonio público, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes»⁴⁵.

³⁹ CSJ AP, 27 abril 2011, rad. 34.829; CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906 de 26 noviembre 2014.

⁴⁰ Artículos 1625, 2469, 2470 y 2472 del Código Civil.

⁴¹ CSJ SP rad. 24.817 de 22-06-06.

⁴² CSJ AP rad. 29.473 de 14-05-09.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2010.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2010; CSJ SP rad. 29.473 de 14-05-09.

⁴⁵ CSJ SP, 22 junio 2006, rad. 24.817.

Así pues, **se exige el reintegro total del incremento injustificado** cuando se está frente (i) a patrimonio público, (ii) cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y (iii) cuando no haya consenso con la víctima particular, empero, si se presenta un acuerdo con la víctima, lo reintegrado será aquel monto pactado.

REINTEGRO TOTAL DEL INCREMENTO INJUSTIFICADO	
1	Cuando se afecte el patrimonio económico público.
2	Cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio.
3	Cuando no haya consenso con la víctima, empero, si se presenta un acuerdo con la víctima particular, lo reintegrado será el monto pactado.

Para que la reparación colme los intereses de la víctima, es imprescindible que ella intervenga en el trámite de los preacuerdos y las negociaciones, de forma que pueda hacer valer sus derechos y facultades, sin que la postura de la víctima pueda vetar la negociación.

La Corte Constitucional, con el fin de darle cumplimiento a esa finalidad establecida por el artículo 348 C.P.P., determinó que la víctima debe ser informada del acuerdo con el objeto de que pueda estructurar una intervención activa ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación, lo cual viene impuesto por el principio rector del artículo 11 del C.P.P. en sus literales a), d), e) y g), norma que funda y tiene prevalencia sobre la parte orgánica del Código Procesal Penal (artículo 26 C.P.P.)⁴⁶.

La Corte Constitucional, en sentencia C-516 de 2007, explicó sobre el particular:

«Es evidente que las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las víctimas en estas instancias procesales (...).

(...) No se observa una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos los actores involucrados en el conflicto. La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene entonces la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Con la intervención de la víctima en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del Fiscal, dado que el acuerdo se basa en el consenso, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima.

Si bien es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel

⁴⁶ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad*, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial *Rodrigo Lara Bonilla* y Universidad Militar, Bogotá, marzo 2010, p. 105.

de discrecionalidad, propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Por el contrario, la intervención de la víctima provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en el mejor interés de la sociedad y de la administración de justicia. La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar información aportada por la defensa y por la Fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.

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 (Artículo 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 bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art.11) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima (Art. 351, inc. 4)». (se subraya).

La Corte Constitucional, adoptó la decisión de hacer posible la participación de la víctima en el trámite de los preacuerdos y las negociaciones, sin embargo, no le asiste a la víctima el poder de vetar el acuerdo cumplido entre la fiscalía y el imputado o acusado asesorado por su abogado defensor.

Sobre el particular se puede citar el inciso 2º del artículo 133 del C.P.P., que expresa:

«Artículo 133. **Atención y protección inmediata a las víctimas.**
(...)

Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos».

11.11 CONCLUSIÓN SOBRE EL ART. 349 DEL C.P.P. Y EL ALLANAMIENTO A CARGOS

En el simple allanamiento a cargos no se debe exigir el cumplimiento del canon 349 del C.P.P., según lo expuesto y los argumentos de los distintos salvamentos de voto que se asumen como sustento de esta postura.

12. ES POSIBLE APARTARSE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL FIJADO EN ESTE TEMA POR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

12.1 TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En Colombia existen tres clases de precedentes de la Corte Constitucional, así⁴⁷:

TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL		
OBLIGACIÓN ABSOLUTA (ART. 243 C. POL.)	OBLIGACIÓN SEMI ABSOLUTA O MEDIA	OBLIGACIÓN RELATIVA
Norma jurídica o regla de derecho fijado mediante la <i>ratio decidendi</i> (« <i>decisum</i> ») de una sentencia de constitucionalidad. No es posible apartarse del mismo ⁴⁸ . Son las sentencias tipo C. Una <i>obiter dicta</i> (dichos	Es una regla jurídica donde se fija el alcance de derechos fundamentales, cuya producción surge en acciones de tutela. Son las sentencias tipo T y SU. Es la doctrina constitucional integradora ⁴⁹ y el caso análogo ⁵⁰ . Es posible	Es una regla de derecho fijada mediante el empleo de una providencia judicial a través de la metodología de « <i>caso análogo</i> » o a través de la « <i>doctrina probable</i> » de la Corte Suprema de Justicia. Es posible apartarse siempre y cuando se cumpla (i) la

⁴⁷ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. *Estructura y aplicación del precedente judicial en Colombia*, en *Estándares jurisprudenciales sobre conceptos acusatorios*, (coord.), Peláez Mejía, José María y Mora Mayorga, Harry Fernando, Editorial Ibáñez y Universidad Libre, Bogotá, 2019, pp. 21-47.

⁴⁸ Es el enunciado normativo. Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 51. Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 162.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencias C-083 de 1995, T-125 de 1995, T-068 de 2000, T-292 de 2006, C-539 de 2011.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencias T-1317 de 2001, T-292 de 2006.

de paso) no es vinculante.	apartarse cuando (i) los hechos hacen inaplicable el precedente o (ii) hay elementos no considerados por el superior que permiten desarrollar más coherentemente la institución jurídica ⁵¹ .	carga de transparencia y (ii) la carga de argumentación ⁵² .
----------------------------	--	---

Cabe mencionar el «**criterio auxiliar**» como razonamiento jurídico, proposicional o no, realizado por la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia **que no resulta vinculante** y del cual es posibles apartarse sin ninguna motivación sobre el particular; es guía interpretativa en el mismo nivel de la equidad (Art. 230 de la C. Pol.)⁵³.

Ahora bien, **antecedente y jurisprudencia** se refieren a «*aquellos análisis jurídicos, criterios interpretativos o efectiva interpretación que una sentencia aislada y no reiterada lleva a cabo sobre un derecho fundamental determinado o cualquier otro canon de índole constitucional que si bien constituye una herramienta útil para el análisis de las reglas sobre el entendimiento de los mismos, sus contenidos no resultan de manera alguna obligatorios en cuanto a su aplicación, sirviendo tan solo de un criterio auxiliar prescindible o guía hermenéutica para la toma de una decisión cualquiera*»⁵⁴.

Por su parte **precedente, jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente o integradora, jurisprudencia constitucional, y línea constitucional consolidada**, hacen referencia «*a aquella regla de derecho específica en torno al contenido y alcance de una disposición constitucional concreta que ha sido reiterada de manera uniforme por la Corte Constitucional en la ratio decidendi de múltiples sentencias*»⁵⁵.

12.2 TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia **son siempre relativos** «*existiendo por ende la posibilidad jurídica de apartarse de los mismos si son expuestos argumentos suficientes y razonables que justifiquen dicha decisión*»⁵⁶.

En Colombia existes dos clases de precedentes de la Corte Suprema de Justicia, así⁵⁷:

⁵¹ Corte Constitucional, sentencias T-566 de 1998, T-439 de 2000, T-569 de 2001, C-539 de 2011.

⁵² López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Segunda edición, Editorial Legis, Bogotá, 2008, p. 84 y ss.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, C-335 de 2008.

⁵⁴ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. *Estructura y aplicación del precedente judicial en Colombia*, en *Estándares jurisprudenciales sobre conceptos acusatorios*, (coord.), Peláez Mejía, José María y Mora Mayorga, Harry Fernando, Editorial Ibáñez y Universidad Libre, Bogotá, 2019, pp. 32-33.

⁵⁵ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 33.

⁵⁶ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 40.

TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
DOCTRINA PROBABLE	CASO ANÁLOGO
Artículo 4º Ley 169 de 1896 ⁵⁸ . Los jueces pueden apartarse de la doctrina probable para lo cual « <i>están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia</i> » (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001). Se garantiza la autonomía e independencia judiciales.	Se trata de una sentencia con identidad fáctica e identidad del problema jurídico, que por principio de igualdad podrá ser utilizada como precedente ya que « <i>en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores</i> » ⁵⁹ .

La **doctrina probable** requiere cumplir los siguientes presupuestos: (i) que sea una regla general de derecho mediante la cual se haya interpretado la ley y no simplemente una subregla elaborada para solucionar un caso concreto, (ii) la regla extraída debió haber sido el fundamento jurídico de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, (iii) esta regla de derecho debe haber sido reiterada de manera uniforme en tres decisiones más por la Alta Corporación, y (iv) las subreglas que amplíen el alcance de la regla, excepcionándola para ciertas situaciones o precisándola en cuanto a su aplicación, al ser reiteradas de manera uniforme en tres decisiones de la Corte, se integrarán como regla y por ende constituirán doctrina probable⁶⁰.

Una sola sentencia o auto de la Corte Suprema de Justicia no es precedente sino un mero criterio auxiliar «*del que es posible apartarse sin mayores consideraciones, salvo que se está empleando (...), según se acaba de explicar, bajo la metodología del caso análogo*»⁶¹.

12.3 PRECEDENTE HORIZONTAL O DE PARES IGUALES

Los jueces distintos a las altas Cortes o Tribunales de cierre, no están obligados a aplicar el «*precedente judicial horizontal*», es decir, decisiones de sus pares, pues dichos funcionarios, en realidad, tienen que analizar la vinculatoriedad del «*precedente vertical*», en este caso, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria⁶², estando, sin embargo,

⁵⁷ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., pp. 40-41.

⁵⁸ «Artículo 4º. *Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*».

⁵⁹ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

⁶⁰ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

⁶¹ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

⁶² Corte Constitucional, sentencia T-766 de 2008, T-443 de 2010.

atados a su *propio precedente*, pues su violación implica un problema de igualdad⁶³.

12.4 CONCLUSIÓN SOBRE EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Considera esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín que se ha cumplido con los presupuestos para apartarse de la línea jurisprudencial trazada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en tema del Art. 349 del C.P.P. y el allanamiento a cargos.

En consecuencia, procederá a la detracción punitiva y a la redosificación de la pena en el *sub lite*.

13. REDOSIFICACIÓN DE LA PENA

13.1 TIPIFICACIÓN CONCRETA DE LA CONDUCTA ENDILGADA DE ESTAFA AGRAVADA

El ente acusador dio traslado del escrito de acusación en contra de IVÁN DARÍO ARCILA VALENCIA formulándole cargos por el delito de estafa agravada. Art. 246 y 267 numeral 1° «*sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica*».

Los extremos punitivos, como ya se dijo, son desde 42,6 meses hasta 216 meses de prisión y multa equivalente desde 88,88 smlmv hasta 2250 smlmv para el año 2018.

En la impugnación se dijo por el apoderado de la víctima:

«En la Sentencia condenatoria impuesta por la Juez de conocimiento, se le impartió la pena mínima al sentenciado, no tomando en cuenta que, pese a que el mismo no tenía antecedentes, existía en la acusación una circunstancia de agravación punitiva, por cuanto no se podrían partir del cuarto mínimo en la pena a imponer, además que nunca se efectuó por parte de este una indemnización a la víctima, teniendo recursos con que hacerlo, pero insolentándose para afrontar la actuación penal (...)».

La fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad del canon 58 del Código Penal, y en su favor obra «*La carencia de antecedentes penales*» según el numeral 1° del Art. 55 del C.P., así que la pena ha de imponerse en el primer cuarto de movilidad, por imperativo legal (inciso 2° Art. 61 del C.P.).

⁶³ CSJ STP 14289-2022, rad. 126.866 de 20 octubre 2022.

Como la primera instancia impuso las penas mínimas, así lo ha de hacer la Sala *ad quem*. No hay lugar a imponer una cantidad mayor sobre el límite mínimo legal pues no se consideraron criterios del inciso 3° del Art. 61 del Código Penal, y tal aspecto no fue objeto de censura a través del recurso de apelación.

Se impone entonces pena de prisión de 42,6 meses y multa equivalente a 88,88 smlmv para el año 2018.

13.2 REBAJA DE PENA POR ALLANAMIENTO A CARGOS EN AUDIENCIA CONCENTRADA DEL ART. 542 DEL C.P.P.

Expresa el canon 542 del C.P.P., adicionado pro el Art. 19 de la Ley 1826 de 2017:

«Artículo 542. **Audiencia concentrada.** Una vez instalada la audiencia y corroborada la presencia de las partes, el juez procederá a:

1. Interrogar al indiciado sobre su voluntad de aceptar los cargos formulados y verificará que su contestación sea libre, voluntaria e informada, advirtiéndole que de allanarse en dicha etapa sería acreedor de un beneficio punitivo de hasta la tercera parte de la pena. En caso de aceptación, se procederá a lo dispuesto en el artículo 447.

(...).

Se ha de rebajar entonces la tercera ($\frac{1}{3}$) parte de la sanción **por el allanamiento a cargos**, ya que la aceptación se hizo en el inicio de la audiencia concentrada e inclusive se persistió en la aceptación luego de la nulidad del primer allanamiento a cargos a través de memorial antes de la celebración de audiencia, precisamente porque luego se le advirtió que no tendría rebaja de pena por terminación anticipada en la medida que no se había dado cumplimiento al presupuesto del Art. 349 del C.P.P.

La sanción definitiva será de 28 meses y 12 días de prisión y multa equivalente a 59,25 smlmv para el año 2018. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por igual término de la pena privativa de la libertad de prisión.

En este sentido se ha de reformar la sentencia de primera instancia.

14. SUSTITUTOS Y SUBROGADOS PENALES

Expresa el artículo 63 del Código Penal, modificado por el art. 29 de la ley 1709 de 2014:

«Artículo 29. Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 63. **Suspensión de la ejecución de la pena.** La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento».

El instituto denominado en la actualidad «*Suspensión de la ejecución de la pena*», antes «*Suspensión condicional de la ejecución de la pena*» consagrado en el artículo 63 del Código Penal, únicamente exige el cumplimiento del requisito objetivo⁶⁴.

Los numerales 1 y 2 artículo 63 del C.P., modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, contemplan aspectos objetivos.

El primero está relacionado con el monto de la pena impuesta, no la prevista de manera abstracta en el tipo penal. Basta que sea igual (no exceda dice la disposición legal) o inferior a cuatro (4) años de prisión.

El segundo, con una condición personal y otra legal. No tener antecedentes penales, es decir, la persona no haber sido sentenciada anteriormente y que el delito por el cual se le condena, no sea alguno de los delitos enlistados en el inciso 2° del artículo 68-A del Código Penal.

El tercero prevé un aspecto valorativo, en el que a pesar de que la persona posea antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores, al juez le compete determinar si los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado son indicativos de que no existe necesidad de tratamiento penitenciario.

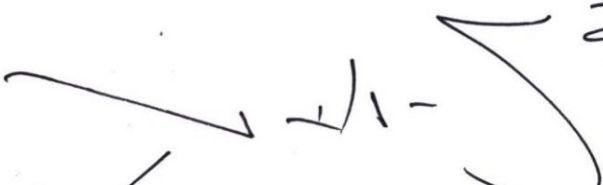
⁶⁴ CSJ SP 337-2019, rad. 49.780 de 13 febrero 2019.

Como se cumplen todos los presupuestos de la norma en comentario se ha de conceder el subrogado penal, como el efecto lo dedujo el despacho de primera instancia.

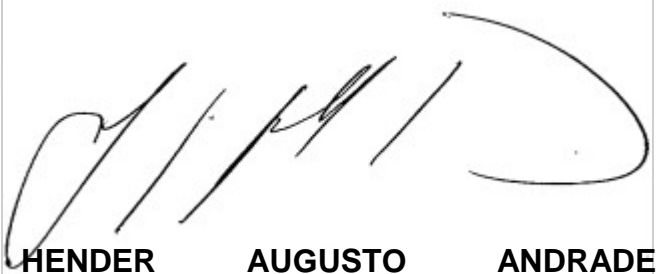
15. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la Ley, **(i) CONFIRMA** la sentencia de condena de primera instancia proferida en contra del ciudadano IVAN DARÍO ARCILA VALENCIA, pero **(ii) SE MODIFICA** el numeral primero en el sentido de condenar al ciudadano IVAN DARÍO ARCILA VALENCIA, de condiciones civiles y naturales conocidas, a la sanción definitiva de 28 meses y 12 días de prisión y multa equivalente a 59,25 smlmv para el año 2018, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por igual término de la pena privativa de la libertad de prisión, en los demás rige el fallo de instancia; **(iii)** contra esta sentencia procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE
BECERRA
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado