



## SALA PENAL

Medellín, veintiocho de marzo de dos mil veintitrés.

**Radicado:** 05001 61 00000 2020 00012  
**Procesado:** Carlos Eduardo Rey López  
**Delitos:** Concierto para delinquir y Hurto por medios informáticos y semejantes agravado  
**Asunto:** Apelación de sentencia anticipada  
**Sentencia:** Aprobada por acta 60 de la fecha  
**Decisión:** Confirma —con salvamento de voto—  
**Lectura:** Treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente  
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

### ASUNTO

Derrotada la ponencia inicial presentada en este caso, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión que tomó, el 8 de noviembre de 2022, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Medellín, de no reconocer descuento punitivo a CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ por la aceptación unilateral de responsabilidad —allanamiento— por no haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 349 del CPP.

### 1. HECHOS

De acuerdo con el escrito de acusación, durante el mes de marzo de 2020 CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ y otros sujetos, se concertaron para apoderarse de dineros de Bancolombia —a través del ciberespacio— y, mediante engaño al sistema informático Finaco, lograron direccionar 353 transacciones a 264 cuentas Nequi —plataforma financiera 100% digital de Bancolombia— por anulaciones de compras inexistentes en comercios internacionales, logrando con ello la sustracción de \$2.865.410.052.

Para el apoderamiento del dinero referido procedieron a la coordinación y alistamiento de 264 cuentas Nequi —denominadas de primer nivel— cuyos titulares

obtuvieron tarjetas MasterCard asociadas a cada cuenta y “rompieron” los topes de las mismas para poder recibir montos superiores a los habituales. Después de esto, entre el 21 y el 30 de marzo de 2020, manipularon el sistema automatizado para que autorizara el abono del dinero desde la cuenta contable del banco a las 264 cuentas Nequi, a través de 353 transacciones, bajo la figura de anulación de compras en los comercios Federal Bureau Of Int, Yiddish Plays y Seattle Tilth Associat, de Estados Unidos, pero dichas compras no existieron.

CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ se encargaba de reclutar cuentahabientes de primer nivel y de recibir los recursos provenientes de las anulaciones de compras a través de sus cuentas Nequi, y coordinaba el envío de tales dineros desde sus cuentas a otras de primer nivel y a 94 cuentas receptoras de segundo nivel, entre ellas a las de Carlos Alberto, Héctor Hugo, Kelly Tatiana y Yarley, quienes finalmente retiraron el dinero en las diferentes sedes de Bancolombia.

Las transacciones fraudulentas comenzaron el 21 de marzo de 2020 —un fin de semana en pandemia— cuando se hicieron nueve transacciones con un elemento común y es que todas fueron por \$4.153.910, pero a partir del 23 de marzo de 2020 empezaron a hacerlas por valores aproximados a \$12.000.000. En total realizaron 353 transacciones, bajo la figura de anulación de compras Nequi. CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ fue titular de una de las 264 cuentas de primer nivel. Su participación consistió en recibir parte del dinero del fraude y luego repartirlo a varias cuentas y, adicionalmente, cumplió el rol de reclutador, es de contactar a diferentes personas “llamadas de primer nivel” —titulares de cuentas Nequi— para que facilitaran sus cuentas y participaran también de este multimillonario hurto.

En este orden de ideas, CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ era titular de la cuenta Nequi 3106985259 desde el 2 de octubre de 2017 —de ahorros simplificada llamada CATS, que tenía un tope máximo de transacciones mensuales y no permitía el manejo de más de \$8.000.000 al mes— pero el 24 de marzo de 2020 cambió dicha cuenta a una tradicional o CAN, para facilitar y permitir manejar sin límites el dinero que ingresara a la misma, bien para hacer transferencias o para recibirlas, y ese mismo día —24 de marzo de 2020— bajo la figura de anulación de compras en el comercio Federal Burol IL, a las 11:32:00 recibió \$8.307.820. Nuevamente el 27 de marzo de 2020, bajo la misma figura de anulación de compras en Comercio Yidis Pley a las 12:04:08 recibió el valor de \$8.172.680. En la misma fecha —27 de marzo de 2020— por anulación de compras en el Comercio Yidis Pley, a las 8:29:32 recibió otros \$8.167.286, sin que se hubieran hecho tales compras; es decir que esos recursos llegaron a su cuenta bancaria por fraude, y para que este se ejecutara, previamente miembros de la organización tenían conocimiento de su número de cuenta, por ello en esas tres oportunidades le hicieron esos abonos de dinero por

los valores antes referidos. Fue así como el procesado recibió la suma total de \$24.647.786 y luego se comunicó con diez personas vinculadas con estos hechos delictivos, con quienes realizó transferencias de dineros.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL**

Ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se legalizó, entre el 2 y 3 de febrero de 2022, la captura de CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ y se le formuló imputación como autor de concierto para delinquir (artículo 340 del CP) y coautor de Hurto por medios informáticos y semejantes agravado —por cometerse sobre redes o sistemas informáticos del sector financiero y por la cuantía— (artículos 239, 240 -sic-, 269H numeral 1, 269I y 269J inciso final del CP), como delito continuado, conforme al parágrafo del artículo 31 del CP. Cargos a los cuales no se allanó el imputado, a quien se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria.

Radicado el escrito de acusación correspondió al Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Medellín, despacho ante el cual el 25 de mayo de 2022 se acusó formalmente a CARLOS EDUARDO, variándose levemente la calificación jurídica inicial, en el sentido de que los Hurtos por medios informáticos y semejantes agravados no se atribuyen como delitos continuados, sino como un concurso homogéneo en 3 eventos, tal y como se consignó en el escrito de acusación.

El 30 de agosto de 2022, se instaló la audiencia preparatoria, y en ella el procesado manifestó su intención de allanarse a los cargos, aceptación unilateral de responsabilidad que fue avalada por la judicatura; acto seguido se hizo la audiencia de individualización de la pena —artículo 447 del CPP—, y la sentencia se leyó el 8 de noviembre siguiente.

## **3. DECISIÓN IMPUGNADA**

Con fundamento en la aceptación de cargos la juez, una vez hizo alusión a los hechos, a la actuación procesal y a la responsabilidad en la conducta atribuida, declaró penalmente responsable a CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ por los delitos de Concierto para delinquir, Hurto por medios informáticos y semejantes agravado, cometido este en 3 oportunidades, imponiéndole una pena principal de 111 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria.

Respecto a la dosificación punitiva, una vez establecidas las penas para cada delito, partiendo del punible del Hurto por medios informáticos y semejantes agravado —al comportar la sanción más grave—, se ubicó en el mínimo del primer cuarto y ante la presencia de circunstancias de menor punibilidad, la fijó en 108 meses aumentando un mes por los demás punibles concursantes (otros 2 Hurtos y el Concierto para delinquir) quedando la definitiva en 111 meses de prisión.

Explicó, frente a la rebaja por allanamiento a cargos, que de acuerdo al actual precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia respecto a que la aceptación unilateral es una modalidad de preacuerdo, es exigible al procesado el cumplimiento del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, es decir el reintegro del 50% del incremento patrimonial obtenido con el ilícito y la garantía de pago del remanente, por lo cual no es procedente en este caso disminución punitiva por aceptación de cargos, pues el acusado obtuvo un incremento patrimonial por la comisión del delito sin que devolviera el valor equivalente a dicho incremento, lo que fue debidamente informado a CARLOS EDUARDO al momento de la aceptación de cargos, el cual manifestó comprender dicha tesis.

Finalmente, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por no cumplirse el factor objetivo, en tanto la pena supera el límite fijado por el legislador.

#### **4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

El defensor se muestra inconforme con la no aplicación de descuento punitivo por el allanamiento al no haberse cumplido con la exigencia establecida en el artículo 349 del CPP, porque en su criterio se equipararon indebidamente las figuras jurídicas del allanamiento y los preacuerdos, generándose una equivocada dosificación punitiva, pues el primero implica la aceptación unilateral de los cargos endilgados —sin que la norma condicione el otorgamiento de beneficios al pago o devolución de dineros producto del injusto—, mientras que el segundo es un convenio sobre los términos de la imputación que sí requiere lo previsto en el artículo 349 del CPP, y precisamente por esto no pudo celebrarse una negociación en este asunto, toda vez el procesado carecía de los recursos económicos necesarios.

Refirió que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el salvamento de voto a la sentencia con radicado 55156 de 2022 diferenció tales figuras, así mismo lo hizo la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín con ponencia del Magistrado

Nelson Saray Botero en decisión del 2 de octubre de 2020, concluyendo que no debe exigirse el pago del incremento patrimonial en la aceptación de cargos.

Manifestó que al no reconocerle a REY LÓPEZ la rebaja punitiva de una tercera parte por el allanamiento se vulneran los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, toda vez que él renunció al juicio para que se le concediera dicha disminución. Además, la víctima tiene la posibilidad de iniciar el incidente de reparación integral para recuperar la suma de dinero hurtada.

Finalmente, admitió que la pena impuesta debe partir de 108 meses tal como lo estableció la juez a *quo*, pero debió descontarse la tercera parte por la aceptación de cargos, debiéndose imponer 72 meses incrementados en 1 mes por los otros delitos, quedando en 75 meses de prisión, procediendo así la concesión de la prisión domiciliaria —artículos 38 y 38B del CP— pues la sanción sería inferior a 8 años, el procesado tiene arraigo, y los delitos por los cuales se le condenó no se encuentran dentro de las exclusiones del artículo 68A del CP.

## **5. PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES**

### **5.1. De la Fiscalía General de la Nación.**

La fiscal manifestó que la exigencia prevista en el artículo 349 del CPP es para los preacuerdos, lo cual es razonable al tratarse de una negociación, mientras en el allanamiento lo que media es únicamente la voluntad del procesado. Y en este caso el acusado evitó un desgaste a la administración de justicia, debido al grueso de las investigaciones, pluralidad de órdenes de captura y procesados, y múltiples rupturas de unidad procesal, luego se ajusta a la filosofía del Código Penal reconocer el descuento de pena por la aceptación de cargos.

Consideró que se violentan los derechos del procesado al exigirle pagar el incremento patrimonial para poder merecer un descuento en la pena, pues ello implica una interpretación extensiva y analógica, en mala parte, de lo previsto en los artículos 351, 356 numeral 5 y 367 inciso 2 del CPP, equiparando figuras jurídicas disímiles como el preacuerdo —en el que, insiste, el sentenciado participa en la construcción de su propia pena— y el allanamiento unilateral a cargos que, si bien comporta una rebaja en términos punitivos, la misma es dejada a criterio del juez fallador y en la cual no interviene sino el espontáneo y libre deseo del procesado sin que para ello deba ofrecérsele un beneficio a cambio, como sí ocurre en el caso del preacuerdo, diferencia que ha sido ampliamente reconocida desde tiempo atrás por

las altas Cortes. Por lo tanto solicitó la Fiscalía que se conceda a REY LÓPEZ el descuento de la tercera parte de la pena.

## **5.2. Del Ministerio Público.**

Indicó que es acertada la posición de la juez de instancia, en tanto la Corte Suprema de Justicia dejó sentado que el allanamiento a cargos es una modalidad de preacuerdo, donde se exige el reintegro al menos del 50% del incremento patrimonial y aseguramiento del remanente. Así mismo, afirmó que si bien la víctima puede acudir al incidente de reparación integral, se desconoce que una cosa es el reintegro y otra la indemnización de perjuicios.

Finalmente, manifestó que no procede en este caso la concesión de sustitutos, en tanto el delito más grave tiene una pena privativa de 108 meses, no cumpliéndose con el requisito objetivo previsto en la norma, pues el allanamiento es un fenómeno post delictual que no modifica los extremos punitivos. Solicitó desestimar los argumentos de la impugnación y confirmar íntegramente la sentencia apelada.

## **6. COMPETENCIA**

Esta Corporación es competente para conocer de la presente impugnación conforme lo dispone el artículo 34-1 del Código de P. Penal –Ley 906 de 2004– toda vez que la sentencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Medellín, que hace parte de este distrito judicial.

## **7. CONSIDERACIONES**

La Sala establecerá si acertó la funcionaria *a quo* al no reconocer a CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ un descuento punitivo por allanamiento a cargos porque no reintegró el 50% del incremento patrimonial obtenido con las conductas punibles por las cuales aceptó responsabilidad penal, y tampoco garantizó el pago del restante porcentaje —y por lo tanto procede confirmar tal decisión— o si, por el contrario, habrá de modificarse lo decidido en primera instancia por ser procedente dicho descuento punitivo.

En el *sub exámine* se advierte que a CARLOS EDUARDO se le acusó por Concierto para delinquir (artículo 340 del CP) y un concurso homogéneo de Hurto por medios informáticos y semejantes agravados —en 3 oportunidades— (artículos 239, 269 I, 269 H y 269 J del CP), cargos a los cuales se allanó en la audiencia que sería preparatoria, sin hacer el reintegro previsto en el artículo 349 del CPP, a pesar de

habérsele informado por parte de la juez de primera instancia que no le concedería rebaja punitiva por dicha aceptación unilateral de responsabilidad penal, de acuerdo con el precedente vertical y horizontal al respecto.

De conformidad con la providencia de radicación 39.831 del 27 de septiembre de 2017, con ponencia del Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia varió su jurisprudencia, en cuanto a que el allanamiento a cargos debe entenderse como una de las modalidades de preacuerdo entre el imputado y la Fiscalía, de allí que la exigencia contenida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, atinente a que *“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”*, debe hacerse también a quienes acepten responsabilidad penal por allanamiento, pues claramente se expresó en tal decisión:

“(…) como resultado de reestudiar el tema, la Sala concluye que indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sino porque **es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004**”. (Resaltado y subrayado no originales)

Aunque la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha mantenido una postura pacífica sobre este tópico, pues en sentencia de radicado 21.347 del 14 de diciembre de 2005, de la cual fue ponente el Magistrado Yesid Ramírez Bastidas dijo que, como modalidad de preacuerdo que es, la legalidad del allanamiento a cargos está condicionada a la verificación de la exigencia prevista en el artículo 349 del estatuto procesal penal, pero a partir de la sentencia 25.306 del 8 de abril de 2008, esa Alta Corporación cambió su posición para señalar que en los casos de aceptación unilateral de responsabilidad no era exigible tal requisito de procedibilidad, hasta llegar a la postura actual —establecida en la providencia 39.831 del 27 de septiembre de 2017— en la cual se retomó la inicial concepción.

En este orden de ideas, es evidente que la Corte Suprema de Justicia en la referida providencia hizo una labor unificadora de la jurisprudencia, que constituye un parámetro soportado en la razón de la decisión, en tanto resolvió con fuerza de cosa juzgada la exigencia del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 349 del CPP en los allanamientos a cargos, y si bien en el caso que se analizó en esa oportunidad no era exigible dicha obligación, fue porque el allanamiento en ese proceso se aprobó conforme a la interpretación jurisprudencial vigente en ese entonces —que no vinculaba el allanamiento a cargos a las exigencias contenidas en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004—, sin embargo es clara la regla jurídica que se estableció a partir de la providencia 39.831 de 2017, reiterada en los radicados: 55.166 (AP 504-2020) y 55.914 (SP 287 de 2022), entre otros, en torno a que en los allanamientos, como modalidad de preacuerdos, debe verificarse el cumplimiento del reintegro que dispone el artículo 349 del CPP cuando ha habido incremento patrimonial para el sujeto activo de la conducta punible. Y no debe perderse de vista que *“la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas que hacen parte de la razón de la decisión, es decir aquellos que son inescindibles de la decisión sobre un punto de derecho”*<sup>1</sup>

Así, esta Sala acoge mayoritariamente la directriz jurisprudencial contenida en la sentencia 39.831 de 2017, por estimarla acorde con la teleología y sistemática procesal de la Ley 906 de 2004, que incluye a los allanamientos en las modalidades de preacuerdos y negociaciones, y porque además de la finalidad que tiene el artículo 349 del CPP —de garantizar en el proceso penal la reparación de las víctimas— se pretende evitar que los sujetos activos de comportamientos punibles, aumenten injustificadamente su patrimonio como consecuencia de su actividad criminal.

De tal suerte que la aceptación unilateral de responsabilidad o allanamiento a cargos, de acuerdo con el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, es una modalidad de

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.



los preacuerdos o negociaciones, con lo cual, ninguna duda surge en cuanto a que para los allanamientos también es exigible el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 349 procesal. Lineamiento claramente trazado por la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia vigente, que ha sido acogido por esta Sala de Decisión mayoritariamente, como criterio unificador.

Así las cosas, cuando no se presenta el reintegro establecido en el artículo 349 del CPP no es posible avalar el allanamiento a cargos como sucede en los preacuerdos, sin embargo atendiendo a que la aceptación de la responsabilidad penal de manera unilateral es un derecho reconocido en el artículo 8° literal I del C.P.P, debe impartirse legalidad al mismo aun cuando no se cumpla el mencionado reintegro, pero sin la aplicación del descuento punitivo que establece la ley en contraprestación de dicho acto.

En este caso el procesado aceptó la responsabilidad penal a sabiendas de que no iba a ser beneficiado con el reconocimiento legal que consagra el allanamiento a cargos, al no haber realizado el reintegro que exige el artículo 349 del CPP. Es así como, habida cuenta de que según el escrito de acusación, los 3 Hurtos por medios informáticos que se le atribuyen ascendieron a la suma total de \$24.647.786, debió reintegrar \$12.323.893 a las víctimas, y garantizar el pago del valor restante, pero como no lo hizo no podía reconocérsele descuento punitivo alguno, como acertadamente lo determinó la juez de instancia.

Entonces, existiendo un precedente frente al tema del reintegro, como requisito de procedibilidad —no solo de los preacuerdos sino además del allanamiento a cargos— el juzgador debe cumplir con la obligación de aplicarlo, en la medida en que ello garantiza el derecho que tiene todo ciudadano a la igualdad de trato en la interpretación y aplicación de la ley dentro de la actividad judicial, como también a la seguridad jurídica de cara a la misma.

Y al considerarse apropiada la tesis actual preponderante en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en tanto no es caprichoso considerar que el reintegro debe operar también en los allanamientos a cargos, al ser estos una modalidad de los preacuerdos, de conformidad con lo previamente expuesto —se insiste en que se acoge dicha tesis—, de ahí que se considera acertada la determinación de la funcionaria *a quo* de no reconocer a CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ descuento punitivo por allanamiento a cargos, al no haber cumplido el requisito de procedibilidad exigido para ello.

No puede perderse de vista que el precedente judicial es de inmediata aplicación y no admite el principio de favorabilidad, pues una vez proferido debe recurrirse al

mismo para la solución de los casos a resolver en adelante, independientemente de la fecha de ocurrencia de los hechos. Al respecto, señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“(…) el principio de favorabilidad no se reputa de los cambios de jurisprudencia para procesos en curso como ya lo ha sostenido la Sala en sede de tutela a partir de la interpretación que sobre el tema ha construido la Corte Constitucional. En un fallo de esa naturaleza, eso fue lo que indicó la Sala de Casación Penal:

*“Frente a la concurrencia de posturas jurisprudenciales sobre el aspecto atrás analizado, y la obligación de aplicar la que resulte más favorable al procesado, es necesario hacer las siguientes precisiones:*

*En primer término, la asimilación que hace el impugnante entre derecho legislado y precedentes judiciales, de cara a la aplicación del principio de favorabilidad, es inaceptable, porque **una cosa es el fenómeno de tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas que regulen de manera diferente un mismo asunto, y otra muy diferente que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria varíe la interpretación de un determinado precepto por considerarla errónea, tal y como sucedió en este caso.*** (Resaltado fuera del texto original)

*Sobre la posibilidad que tiene la Corte Suprema de Justicia de variar el precedente judicial por la razón atrás indicada, la Corte Constitucional ha precisado que el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. **Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro**<sup>2</sup>. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas pueden haber sido útiles y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. (SU-047/99, reiterada en C-836 de 2001).» (CSJ ST, 13 jul 2016, rad. 48257)*

Entonces es acorde a derecho continuar dando aplicación a la actual postura jurisprudencial aludida, y no a una que en anteriores oportunidades sostuvo la Corte Suprema de Justicia, pues es claro que en materia de interpretación jurisprudencial no aplica la favorabilidad, de ahí que habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, en cuanto fue objeto de apelación.

---

«<sup>2</sup> Negrillas fuera del texto original.»

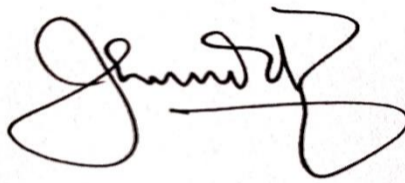
**En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

**RESUELVE**

**PRIMERO CONFIRMAR**, en cuanto fue objeto de apelación, la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Medellín, el 8 de noviembre de 2022, contra CARLOS EDUARDO REY LÓPEZ.

**SEGUNDO** Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

**Notifíquese y cúmplase**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ**  
Magistrado



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**  
Magistrado



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO**  
Magistrado  
(Con salvamento de voto)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA PENAL**

**Radicado:** 05001 61 00000 2020 00012

**Procesado:** Carlos Eduardo Rey López

**Delito:** Concierto para delinquir y otro

**Magistrado Ponente:** Jorge Enrique Ortiz Gómez

**Salvamento de voto:** Gabriel Fernando Roldán Restrepo

**Medellín, veintiocho (28) de marzo dos mil veintitrés (2023)**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Derrotada la ponencia por la Sala mayoritaria, me permito presentar los argumentos que en ella expuse para que se modificara la decisión del juez de instancia, respecto a que no debió negarse la rebaja de pena por allanamiento, pese a no haberse acreditado el cumplimiento de lo contenido en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, por las siguientes razones:

Según el marco normativo previsto en la Ley 906 de 2004, el allanamiento a cargos es un acto de conformidad y especie de capitulación del procesado frente a la pretensión punitiva estatal, constituye una expresión unilateral de voluntad, que se puede expresar en específicos momentos del decurso procesal con efectos diferentes, a partir de que se haya consumado el acto de comunicación que implica la imputación y hasta que en el juicio oral el acusado es interpelado por el juez para que manifieste si se declara inocente o culpable.

En cambio, la negociación entraña la confluencia de voluntades, que se cristaliza en un acuerdo, sobre el cual hay un amplio abanico de posibilidades que los artículos 350 y 351 consagran, tanto de rebajas porcentuales dependiendo del momento procesal y en atención a la capacidad negociadora del representante del ente acusador para ofrecer una

pena acorde a la mensura que haga al desgaste de jurisdicción. También se puede eliminar alguna causal de agravación o algún cargo específico o tipificar la conducta acudiendo a circunstancias modificadoras de la punibilidad para ofrecer un tratamiento punitivo más benevolente.

Es por eso, que en materia tan sensible como es la de equiparar estos dos institutos, en punto a una interpretación restrictiva y desfavorable para el procesado, debe primar la exégesis del texto legal, y en este sentido, si el artículo 349 CPP establece que no proceden los acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado cuando el sujeto activo del delito hubiese obtenido incremento patrimonial que es fruto del mismo, si no ha reintegrado al menos la mitad de este y asegurado el recaudo del remanente.

Textualmente, la norma prescribe:

***“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”.***

El instituto de los **preacuerdos y negociaciones**, está regulado en el código procesal penal (Ley 906 de 2004) en el Libro III, Título II, capítulo único, y a consecuencia de una deficiente redacción del artículo 351 se asume, por un sector de la judicatura nacional, que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de negociación. Así, la Corte Suprema de Justicia, en viraje jurisprudencial destacó:

***“Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales **debe*****

***concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 (negrillas fuera del texto)”<sup>1</sup>.***

Tal postura está inspirada en el propósito de evitar que quienes obtienen réditos económicos de su delincuencia puedan acceder a beneficios de rebaja de pena, en previsión de que se pueda ver afectada la garantía de reparación, como uno de los pilares de la tríada en que se asienta el derecho de las víctimas.

Sin embargo, tenemos que recordar que: **i)** el espacio en el que el derecho de las víctimas alcanza su cénit es en el incidente de reparación integral; **ii)** tras el allanamiento a cargos, el juez para racionalizar el ejercicio sancionador debe mensurar criterios de proporcionalidad y ponderar aspectos como el daño causado, por lo que es a él a quien en un allanamiento puro y simple, esto es, aquel en el que la fiscalía no participa para pactar la pena, pilar en el que se soporta la especie de negociación que, a la luz del inciso primero del artículo 351 CPP reside solo en la aceptación de cargos y la fijación de pena conforme a los topes de rebaja; **iii)** el allanamiento sin siquiera un incentivo mínimo reflejado en el quantum punitivo es una quimera, así que las talanqueras legislativas y jurisprudenciales que lo limitan como mecanismo de justicia premial y de abreviación del proceso, han impactado negativamente el funcionamiento del sistema penal de corte acusatorio que nuestra judicatura, de la mano de todos los actores del proceso se ha empeñado en desarrollar, como esclusa principal de las causas penales que por vía ordinaria no son expeditas, generando congestión y amenazando el colapso de un sistema de juzgamiento que se promocionó bajo la promesa y la expectativa de que estos mecanismos permitirían evacuar el grueso abrumador de los procesos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CSJ. Sentencia SP 14496 del 27 de septiembre de 2017, radicado 39831

<sup>2</sup> El ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Luis Antonio Hernández, en su intervención del martes 13 de septiembre, defendiendo la postura que fue puntal del cambio jurisprudencial generado en la alta corporación desde 2017, resaltó en el marco de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal impulsadas por esta Colegiatura, las bondades de la justicia negociada como alivio al sistema.

Ha de precisarse que esta postura que se defiende no es insular, como lo demuestran los aportes que desde la misma Corte Suprema de Justicia se han hecho a través de salvamentos de voto, como el presentado por el magistrado Jerson Chaverra frente a la sentencia de segunda instancia SP287-2022, radicado 55914 del 9 de febrero de 2022, así:

*“Para efectos de esa negativa parte la providencia del supuesto según el cual allanamientos y preacuerdos son especies del mismo género y aunque en principio resulte acertado así afirmarlo porque en verdad se trata de formas de terminación anticipada del proceso, mal puede seguirse de eso que uno y otro instituto son idénticos o asimilables cuando desde la misma ley se han señalado sus diferencias, con relación a las cuales me remito a las consideraciones que en igual vía he formulado en asuntos similares”.*

Y agrega:

*“Pero más allá de comprender que ontológicamente allanamiento y preacuerdo son entidades jurídicas diversas que, aunque persiguen el mismo fin, parten de supuestos diferentes, también entiendo que la aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, tal como lo viene haciendo la tesis mayoritaria, entraña la omisión de elementales parámetros de hermenéutica”.*

*“Es decir, a pesar de que el artículo 349 de la Ley 906 emplea la expresión “acuerdo”, la Sala mayoritariamente ha desatendido su tenor literal, su sentido natural y obvio y la orientación jurídica para extenderla a expresiones unilaterales como los allanamientos a cargos, sin sopesar que, desde luego, el sentido natural y obvio de éstos excluye la concurrencia de un acuerdo, o de un negocio entre Fiscalía y procesado”.*

*“A partir de ese equivocado entendimiento, asimila por analogía preacuerdo y allanamiento, o que este es una especie de aquel, aunque se reconozca que son dos especies del mismo género, para imponer al segundo, por vía de esa interpretación, una restricción que legalmente no le corresponde, lo cual equivale a decir, tratándose de norma de efectos sustanciales en cuanto prevé una rebaja punitiva, que se hace una interpretación in malam partem, proscrita en nuestro ordenamiento”.*

De contera, expresa:

*“Que se rebaje la pena a quien se allana a cargos sin restituir la cantidad mencionada del acrecimiento económico obtenido con el punible, no comporta desmedro alguno en los derechos de los ofendidos, ni significa que el Estado o las propias víctimas deban renunciar a la obtención de la condigna reparación del daño sufrido. El*

*allanamiento en las condiciones dichas, como el preacuerdo en las del artículo 349, no es incompatible con la reparación integral”.*

Al respecto, también ha de resaltarse lo indicado por el Dr. Nelson Saray Botero, Magistrado de esta Corporación en decisión emitida el 10 de febrero de 2023 dentro del radicado 2010-02750:

*“...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 nexos copulativo y la oración coordinada disyuntiva está formada por dos oraciones que se contradicen, unidas normalmente por la conjunción «o» .*

*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.:*

*«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» está referida a que, en la terminación anticipada del proceso penal, el género son las «negociaciones» y las especies 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 Femicidio.*

*«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.”*

Ahora, en la sentencia SP287 de 2022, la Corte Suprema de Justicia, a través de ponencia de la entonces magistrada Patricia Salazar Cuéllar, *in extenso*, no solo analizó las diferencias entre las dos formas de justicia premial, la consensuada y la unilateral, sino que expresó sus reparos a los fundamentos por los cuales se aduce, conforme a la tesis prevaleciente, que a la aceptación de cargos unilateral le es aplicable la restricción prevista en el artículo 349 CPP, indicando al efecto:

*“Sobre esto último, debe tenerse presente que: (i) aunque en todos los casos debe procurarse la reparación a las víctimas, la misma no constituye un requisito del sometimiento a una condena anticipada, bien por la vía unilateral o mediante un acuerdo; (ii) tal y como se indicó, el legislador le dio la potestad a la víctima de aceptar lo acordado en materia de reparación o, en su defecto, buscar la reparación a través de las “vías judiciales pertinentes”; y (iii) ello guarda armonía con la regulación de otra de las formas de terminación anticipada del proceso*

*penal (principio de oportunidad), pues solo algunas de sus causales tienen como requisito estructural la reparación a las víctimas, aunque, en todo caso, este objetivo debe procurarse en la mayor proporción posible”.*

Agregó,

*“Aunque el incremento patrimonial producto del delito y el daño causado a la víctima pueden coincidir en algunos casos, es claro que se trata de conceptos diferentes, toda vez que: (i) es posible que se causen daños a la víctima, sin que el sujeto activo haya tenido un incremento patrimonial –por ejemplo, un homicidio culposo, lesiones causadas en medio de una riña, la violencia ejercida en contra de los familiares, entre muchos otros; y (ii) es posible que el daño causado a la víctima exceda el incremento patrimonial “producto del delito” –también a manera de ejemplificación, lo mató, porque le pagaron cien mil pesos para hacerlo, pero le causó a los familiares un daño que supera ampliamente esa suma-; etcétera”.*

De contera, puntualizó:

*“Esta distinción es importante, porque las consecuencias jurídicas de la reparación a las víctimas y la devolución del incremento patrimonial “producto” del delito son muy diferentes”.*

Lo anterior para significar que la negativa de otorgar beneficios derivados de la simple aceptación unilateral de cargos (sin negociación) radica en una interpretación analógica de la ley instrumental penal, en su artículo 349 CPP, que viola elementales principios que entroncan con otros de raigambre constitucional, como es la prohibición de interpretaciones analógicas desfavorables (*in malam partem*) en materia penal.

En este sentido, teniendo el juzgador a cargo mensurar cuál rebaja resulta justa, proporcional y adecuada, en punto a las funciones que la pena debe cumplir, entre ellas la de retribución justa, y valorando aspectos como la dañosidad de la conducta, tendría el criterio para otorgar rebajas, entre los topes que consagran los artículos 351, inciso primero, 356- numeral 5° y 367 CPP, no pudiendo dejar de considerar si el procesado se puso a tono con los derechos de la víctima, mediante gestos resarcitorios o indemnizatorios; pues si no hubo de hacerlo, tendrá que mezquinarle las rebajas más amplias a las que aspire y otorgarle, por plegarse a la pretensión punitiva del Estado, el mínimo legal previsto.

Así las cosas, no debió negarse la rebaja de pena por allanamiento a cargos, pese a que no se verificó el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, lo que no desprotege ni burla a las víctimas, que tendrán en el incidente de reparación integral, subsecuente, la oportunidad de obtener reparación o resarcimiento; a más de que, quedando por cuenta del juez establecer los criterios dosimétricos de pena, (en lo que también se difiere con la figura de los preacuerdos), deberá sopesarse la serie de factores para una adecuada fundamentación cuantitativa y cualitativa de la pena, teniendo en cuenta si se expresó o no voluntad alguna en consideración a la víctima, a fin de resarcirla.

En consecuencia, atendiendo a los criterios de dosificación empleados por la juez de instancia, se tiene que de acuerdo al delito más grave, la pena mínima de ese primer cuarto es de 108 meses, que con la disminución de una tercera parte, por haberse realizado la aceptación de cargos después de la formulación de acusación, quedaría en 72 meses más el incremento de un mes por los demás delitos concursantes -3-, daría 75 meses de prisión, lo que no configura una sanción irrisoria o que no aprestigie a la administración de justicia.

En ese sentido, la decisión apelada debió modificarse, y si bien el criterio acogido impone apartarse de la línea jurisprudencial dominante trazada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, también lo es que se cumple en este caso con el deber de exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos de la presente decisión, recordándose lo que en este punto se explicó en la aludida sentencia emitida por este Tribunal, así:

*“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»<sup>3</sup>.*

*En Colombia existes dos clases de precedentes de la Corte Suprema de Justicia, así<sup>4</sup>:*

#### **TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE**

<sup>3</sup> Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 40.

<sup>4</sup> Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., pp. 40-41.

<b>JUSTICIA</b>	
<b>DOCTRINA PROBABLE</b>	<b>CASO ANÁLOGO</b>
<i>Artículo 4º Ley 169 de 1896<sup>5</sup>. Los jueces pueden apartarse de la doctrina probable para lo cual «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» (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001). Se garantiza la autonomía e independencia judiciales.</i>	<i>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 «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»<sup>6</sup>.</i>

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 probable<sup>7</sup>.

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»<sup>8,9</sup>.

En esos términos, dejo sentada mi posición al respecto.



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO**

**Magistrado**

<sup>5</sup> «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».

<sup>6</sup> Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

<sup>7</sup> Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

<sup>8</sup> Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia, ob. cit., p. 41.

<sup>9</sup> Decisión del 10 de febrero de 2023, radicado 2010-02750. MP. Nelson Saray Botero.