

Proceso: 05-212-60-00201-**2017-07014**
Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador
Condenado: Ekin Enoe Parra Vélez
Procedencia: Juzgado 1 Penal del Circuito de Bello
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria por allanamiento
Decisión: Decreta nulidad
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto Penal No: AP 002-2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DECIMOTERCERA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según Acta No. 011

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la víctima, en contra de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, por medio de la cual se condenó al ciudadano Elkin Enoe Parra Vélez como consecuencia de haberse allanado a los cargos que en su contra formulara la fiscalía a título de autor penalmente responsable del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES:

Fueron narrados por el Juez de primera instancia así:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA PENAL
RADICADO: 05 212 60 00201 2017-07014
Elkin Enoe Parra Vélez

“los hechos tuvieron ocurrencia entre el 21 de noviembre del año 2012 y finales del año 2017, cuando el investigado Elkin Enoe Parra Vélez, como prepresentante legal de la empresa Herrería y Cerrajería Panorama S.A.S. NIT. 900.476.460, con domicilio para la fecha de los hechos en la calle 20F 39D 16 del municipio de Bello, y luego de haber presentado varias declaraciones de impuesto sobre las ventas, no realizara los pagos vencidos por recaudo del IVA (IMPOVENTAS) ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), por lo que fue denunciado penalmente el pasado 24-07-2021, presentando a la fecha de la denuncia los siguientes períodos sin cancelar:

CONCEPTO	AÑO	BIMESTRE	IMPUESTO	SANCIÓN	FECHA VENCIMIENTO	FECHA DELITO
VENTAS	2012	4	\$1.937.000		21/09/2012	21/11/2012
VENTAS	2012	5	\$440.000		23/11/2012	21/01/2013
VENTAS	2012	6	\$711.000		23/01/2013	23/03/2013
VENTAS	2013	1	\$15.378.000		23/01/2014	23/03/2014
VENTAS	2014	1	\$6.830.000		27/01/2015	27/03/2015
VENTAS	2015	1	\$4.509.000		26/01/2016	26/03/2016

Realizadas las consultas ante la DIAN, esta informa al 18/02/2019 sobre las siguientes obligaciones sin cancelar:

OBLIGACIÓN	AÑO/PERIODO	IMPUESTO
VENTAS	2012/4	\$ 1.937.000
VENTAS	2012/5	\$ 440.000
VENTAS	2012/6	\$ 711.000
VENTAS	2013/1	\$ 15.378.000
VENTAS	2014/1	\$ 6.830.000
VENTAS	2015/1	\$ 4.509.000
VENTAS	2016/1	\$ 5.970.000
VENTAS	2017/1	\$ 398.000
VENTAS	2017/3	\$ 4.197.000

De acuerdo con lo anterior el total de obligaciones sin pago son 9 eventos por un valor total de CUARENTA MILLONES TRECIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$40.370.000).

Se observa que el referido ciudadano fue requerido por la DIAN para que se pusiera al día con las obligaciones sin que lo haya hecho...”

El 26 de mayo de 2021 se llevó a cabo ante el Juzgado 3 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bello la audiencia preliminar de formulación de imputación en contra de Elkin Enoe Parra Vélez como autor del punible de omisión de agente retenedor en concurso homogéneo y sucesivo, en los términos del artículo 402 del C.P. El imputado no se allanó a los cargos.

Posteriormente, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito presentado el 26 de julio de 2020, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 6 de mayo de 2022, ante el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, donde se le llamó a responder como autor responsable de la misma conducta punible que le fuera imputada.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 18 de agosto de 2022, escenario procesal en el cual el acusado se allanó a los cargos formulados en su contra. Ante aquella manifestación el juez indagó a las partes acerca de su criterio en punto de la aplicación del artículo 349 del C. de P.P., ante lo cual el delegado fiscal expresó que hasta ese momento no se había dado el reintegro y que algunas Salas de Decisión del Tribunal concedían las rebajas respectivas sin aquel requisito y que la aceptación de cargos no significaba necesariamente rebaja justamente por el incumplimiento de aquel. El apoderado de la víctima por su parte, manifestó que en este caso no procedía rebaja alguna porque no se había cumplido con el requisito del reintegro del 50% del incremento patrimonial. El Juez anticipó que se apartaría del criterio de la Corte en torno al tema. Acto seguido el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que condenó al acusado por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador y le impuso como penas, las principales de 32,66 meses de prisión y multa de CINCUENTA Y TRES MILLONES, OCHOCIENTOS VEINTISEISMIL, SEICIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$53'826.666.66) y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas por el mismo lapso. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El representante de víctimas apeló la decisión.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

En lo que interesa al objeto del recurso, el a quo recordó que el tema de la aplicación del requisito de que trata el artículo 349 del C. de P.P. a los allanamientos no ha sido pacífico. Luego, resaltó la diferencia esencial que existe entre los preacuerdos y el allanamiento, para posteriormente ir al tenor de la norma y destacar que se refiere a los acuerdos, no a los allanamientos.

3. DEL RECURSO

El apoderado de la DIAN apeló la decisión y la sustentó en el término oportuno en los siguientes términos:

Entendió que el reintegro del incremento patrimonial a que se accede por vía del delito debe producirse en casos de acuerdos y allanamientos, tal como lo ha sostenido la línea jurisprudencial vigente. Criticó que el a quo no haya discurrido en punto de la exigencia del reintegro como condición para acceder a la rebaja propia del allanamiento. En su opinión el juez se limitó a transitar acerca de la existencia de la conducta y la responsabilidad del acusado. En respaldo de su inconformidad citó las decisiones de la Corte Suprema de Justicia identificadas como SP14496-2017, radicado 39.831 y AP4884-2019, radicado 54.954, en que la Corporación de cierre ratificó su línea jurisprudencial en el sentido de exigir el reintegro para acceder a las rebajas propias del allanamiento.

Solicitó primero que se ordenara el reintegro de por lo menos el 50% del incremento patrimonial para que el sentenciado pueda acceder a la rebaja por allanamiento o, en su lugar, que se modifique la decisión ajustando la pena imponible a aquella que resulta de aplicar la pena que en abstracto señala la ley sin ningún tipo de rebaja.

4. CONSIDERACIONES

4.1 En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

4.2 El problema jurídico planteado por el apoderado de la víctima tiene que ver con establecer si en casos de allanamientos a los cargos debe exigirse al acusado como condición de procedibilidad de las rebajas que por ese concepto se otorgan, el cumplimiento del requisito de que trata el artículo 349 del C. de P.P. representado en el reintegro de por lo menos el 50% del incremento patrimonial a que se accedió por cuenta de la ejecución punible.

4.3 A fin de responder el dilema postulado se partirá por realizar una reseña del estado de la discusión en la jurisprudencia nacional, para luego aplicar esos insumos al caso concreto.

4.4 En el orden de ideas anunciado se hace necesario partir del contenido literal de la norma cuya aplicación concita el debate. Así, el artículo 349 de la ley 906/04 responde al título IMPROCEDENCIA DE ACUERDOS O NEGOCIACIONES CON EL IMPUTADO y posee el siguiente tenor:

“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”.

Así mismo, es del caso resaltar que la anterior disposición hace parte del título II del Libro III de la ley 906/04, que trata de los “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALIA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”. Aparte, en el artículo 351 y siguientes de la Ley 906/04, en forma descriptiva se regulan las diferentes modalidades de aquellos, para señalar las rebajas punitivas que pueden corresponderles según el momento y forma como se lleven a cabo. De lo anterior se infiere que el legislador, entre las modalidades de negociaciones, consagró la aceptación de cargos, como reza expresamente el citado artículo 351. En otras palabras, aquella es el género, y la aceptación de cargos o allanamiento una especie.

Lo anterior no significa que se trate de los mismos institutos. Esta Sala de decisión ha venido sosteniendo e insiste en la diferencia esencial entre allanamientos y preacuerdos, en la medida en que los primeros son ontológicamente unilaterales, es decir que para su perfeccionamiento basta que el imputado manifieste libre e informadamente que acepta los cargos en los términos formulados por la fiscalía. No se exige la aquiescencia de su delegado. Los preacuerdos por su parte demandan un consenso entre acusador y procesado en punto de las consecuencias de la aceptación de su responsabilidad. Tienen en común, eso sí, la calidad de formas de terminación anticipadas del proceso que se fundan en la aceptación de responsabilidad por parte del pasivo de la acción penal a cambio de beneficios punitivos. Ese punto de contacto entre los dos institutos, seguramente fue el que llevó al legislador a regular su aplicación de manera conjunta y en ocasiones indistinta, bajo la genérica denominación de negociaciones. Esa forma de regulación es la que respalda el argumento de la jurisprudencia en el sentido de que allanamientos y preacuerdos forman parte de ese género denominado negociaciones, aunque unos sean manifestación de derecho penal premial y los otros de derecho penal consensual.

De cara a la concepción del instituto de la aceptación de cargos como una modalidad de negociación, que sirve de fundamento a la improcedencia de los mismos de no cumplirse la exigencia prevista en el artículo 349 de la Ley 906/04, y realizando el rastreo jurisprudencial de rigor, se tiene que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha presentado una actitud oscilante entre una y otra posición o criterio. Así, en sentencia del 14 de diciembre de 2005, radicado 21347, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, sostuvo lo siguiente:

“7.2.7. Ahora bien: la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibídem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta”.

Es claro que en un primer momento la jurisprudencia se orientó hacia la exigencia del reintegro respecto de los dos institutos. El cambio en la línea de pensamiento sobre el punto en discusión sobrevino con la providencia radicada Nro. 25.306 del 8 de abril de 2008, y perduró hasta el 9 de abril de 2014, fallo radicado Nro. 40.174. En su nueva postura la Corte determinó que en casos de aceptación unilateral de cargos no era exigible lo dispuesto en el art. 349 del Estatuto Procedimental Penal.

Posteriormente el Alto Tribunal en proveído dictado por el pleno de la Sala de Casación Penal el 27 de septiembre de 2017¹, retomó la tesis primigenia², señalando expresamente que el requisito plasmado en el artículo 349 del C. de P.P. resultaba predicable de allanamientos y preacuerdos, como formas de negociación de responsabilidad. En aquella oportunidad la Corte advirtió expresamente la variación de su postura, aunque no la aplicó al caso concreto bajo la consideración de que se acudió al allanamiento mientras estaba vigente el criterio jurisprudencial pretérito. Esta postura viene siendo reiterada por el juez plural y las varias sentencias dictadas, en tal sentido, permiten hablar de doctrina probable al respecto³.

Incluso en la más reciente decisión en que se aborda el tema, la Sala mayoritaria consolidó su criterio, en el sentido que se exige el reintegro siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, trátase de allanamiento a cargos o preacuerdo (Auto del 19 de febrero de 2020, rad. AP504-2020, 55.166).

De manera que siguiendo la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, seguida por algunas de las Salas de Decisión Penal de este Tribunal Superior⁴, en el caso presente, no procede el allanamiento a cargos manifestado por el imputado en sede de la audiencia preparatoria, en tanto obtuvo un incremento patrimonial superior a \$40.000.000, producto del delito cometido sin haber reintegrado al menos el 50% del valor equivalente al mismo, y menos asegurado el pago del remanente.

En sentir de la Corte, con este criterio se busca evitar incentivar a la delincuencia en la continuación de esas actividades, así como hacer realidad en el proceso penal la reparación a las víctimas. En efecto, no han sido escasos los eventos en que acusados habiéndose enriquecido con las delincuencias ejecutadas, se

¹ CSJ, SP. SP14496-2017, Radicación No. 39831 (Aprobado acta No. 319 del 27 de septiembre de 2017) M. P.

² CSJ, SP. Sentencia dentro del radicado Nro. 21954 del 23 de abril de 2005, y sentencia dentro del radicado Nro. 21.347 del 14 de diciembre de 2005.

³ Al respecto puede consultarse auto interlocutorio AP8231-2017, radicado Nro. 51562 del 21 de noviembre de 2017. M. P., la sentencia SP364-2018, radicado Nro. 51142 del 21 de febrero de 2018. Sentencia SP621-2018, radicado Nro. 51482 del siete de marzo de 2018.

⁴ Auto del 9 de marzo de 2006, Radicado Nro. 2009-11970, M.P. Rafael María Delgado Ortiz.

allanaban a cargos sin reintegro alguno, obteniendo penas bajas y conservando a su disposición los recursos ilícitamente obtenidos. La teleología de disposiciones como la del artículo 349 del C. de P.P. tiene que ver con evitar este tipo de situaciones⁵.

Hasta aquí, ha de concluirse que la línea jurisprudencial vigente se orienta hacia la exigencia del requisito de que trata el artículo 349 del C. de P.P. respecto de allanamientos y preacuerdos. Este criterio se ha mantenido invariable desde el año 2017 a través de un número plural de decisiones que se constituyen en doctrina probable que en principio obliga a los jueces.

4.5 Acto seguido debe responderse por el Tribunal qué debe hacerse, cuál es el camino a seguir cuando el allanado no ha reintegrado el 50% del incremento patrimonial obtenido con la delincuencia ejecutada, ni garantizado el recaudo del 50% restante. En sentir del Tribunal la respuesta a ofrecer cuando el allanado ha sido claramente advertido del deber que le asiste de reintegrar el valor referido, de la no concesión de rebaja alguna en caso de omitir ese deber y con ese conocimiento aun así decide allanarse. En estos casos se ha proferido la sentencia, de manera anticipada, aunque sin reconocer rebaja alguna. Esta postura ha sido avalada por la jurisprudencia⁶ en consideración a que el allanado que incumple el deber legal conoce los efectos de un tal incumplimiento y acepta su consecuencia. Es aceptable entender que procedió de manera libre, voluntaria y debidamente informada.

La segunda situación o hipótesis plausible en este tipo de eventos se presenta cuando el allanado desconoce los efectos de no cumplir con el reintegro exigido por la norma. Mas claro, cuando el juez de control de garantías o el de

⁵ Sentencia 39.831 ya citada.

⁶ Sentencia del 20-12-2018 radicado 47.681. “Adicionalmente no sobra precisar, que aunque no se satisfaga la exigencia del artículo 348 del C. de P.P., la consideración jurisprudencial puesta de presente no impide la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, siempre que el imputado, como en todos los casos, esté debidamente informado sobre las reales consecuencias de su manifestación libre y voluntaria, entre las que se cuenta, en estos eventos, la no concesión de rebaja punitiva.

conocimiento incumplen su deber de informarle que existe la posibilidad de que no le sea reconocida rebaja alguna por su aceptación de responsabilidad, justamente en razón al incumplimiento del deber de reintegrar parte del incremento patrimonial obtenido con la conducta. En este tipo de eventualidades, no puede afirmarse que el allanado procedió de manera voluntaria y debidamente informada. Su voluntad operó claramente viciada por un error, de allí que el consentimiento entregado no tenga validez.

Del caso concreto

4.6 En el asunto bajo examen, tal como se pusiera de presente en el acápite de antecedentes procesales de la actuación, una vez se puso a consideración de la judicatura la intención del acusado de allanarse a los cargos, el funcionario de conocimiento preguntó al defensor si tenía alguna manifestación en relación con el artículo 349 del C. de P.P. obteniendo como respuesta que no tenía ninguna manifestación por realizar. Acto seguido el juez recordó cuál es el criterio vigente en la Sala de Casación Penal de la Corte, en el sentido de exigir, en casos de allanamiento el cumplimiento del requisito de que trata el artículo 349 citado, relativo a la necesidad de que se reintegre por lo menos el 50% del valor que corresponda al incremento patrimonial obtenido con la delincuencia. Sin embargo, anunció que se apartaría de tal criterio, con base en providencias de algunas de las Salas de Decisión que integran este Tribunal que así lo han resuelto. Recordó las diferencias esenciales entre los allanamientos y los acuerdos para concluir que la norma que exige el cumplimiento del reintegro se debe aplicar a los últimos. Luego interrogó al acusado acerca del carácter voluntario e informado del acto de allanamiento y sus consecuencias. El acusado respondió afirmativamente.

Del anterior recuento procesal se advierte con claridad el carácter parcial de las advertencias realizadas por el juez de conocimiento al acusado en punto de los efectos que está llamado a generar el allanamiento cuando se muestra ausente el reintegro de que trata el artículo 349 tantas veces citado. En efecto, el juez se

limitó a exponer cual era el criterio de la Corte sobre el tema y a precisar algunas de las razones que lo llevaban a apartarse de él, con lo cual sería acreedor a una rebaja de pena por la aceptación unilateral de responsabilidad. En ningún aparte de su intervención se advierte que haya explicado al ciudadano Parra Vélez que existía la posibilidad latente de que el Tribunal se apartara de su criterio, lo que traería como consecuencia que no se otorgara rebaja alguna, con los efectos adversos que para sus intereses una tal decisión acarrearía. Se trata de una omisión de la judicatura sobre un aspecto de esencial trascendencia para el acusado que podría decidir no allanarse. Expresado en otros términos, el ciudadano Parra Vélez se allanó a los cargos con base en la información a él ofrecida por el juez del caso, de acuerdo con la cual se haría acreedor de una rebaja cercana a 1/3 de la pena, sin necesidad de reintegrar nada de los más de \$40.000.000 que recibió por concepto de IVA y que dejó de consignar a la DIAN, desconociendo el criterio jurisprudencial vigente sobre la materia. Esta situación dio lugar a un vicio en la voluntad del acusado, determinado por el error en punto de las consecuencias de su aceptación que no puede ser desconocido ni subsanado en esta sede procesal.

El juez, al enfrentarse a un acto de aceptación unilateral de la responsabilidad penal, tiene las siguientes opciones: i. dictar sentencia con la rebaja que corresponda; ii. anular por advertir algún yerro esencial en la formulación de cargos o iii. anular en caso de observar un vicio en el consentimiento.

En este caso, la rebaja de pena por allanamiento no resulta procedente por incumplimiento de la obligación de que trata el artículo 349 del C. de P.P. Sería del caso entonces, corregir el monto de la pena impuesta, ajustándolo a la plasmada en la ley como mínima para el caso, con respeto de los criterios a que acudió el *a quo* sin rebaja alguna, ello, si el procesado hubiese sido advertido plenamente acerca de esta posibilidad. Empero, tal advertencia no se concretó a lo largo del proceso. Esa omisión desencadenó un vicio en su voluntad. Tan irregular proceder afecta del debido proceso de manera sustancial e insubsanable. Esta circunstancia impone declarar la nulidad del trámite de allanamiento sin incluir el acto de imputación que no presenta vicio alguno a fin de que el juez de

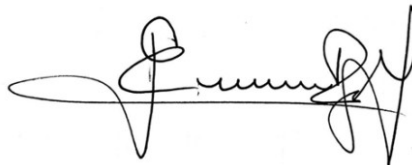
conocimiento cumpla a cabalidad sus deberes, advirtiendo al acusado acerca de las reales y plenas consecuencias de allanarse a los cargos en lo que al cumplimiento de lo ordenado en el artículo 349 del C. de P.P. se refiere.

En virtud de lo expuesto, **la Sala Decimotercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **RESUELVE**

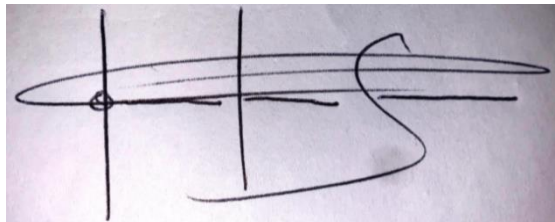
DECRETAR LA NULIDAD del trámite de allanamiento a cargos, a partir del momento de instalación de la audiencia preparatoria, a efectos de que el juez de conocimiento advierta al acusado acerca de todos y cada uno de los efectos de la aceptación de responsabilidad, en particular lo relacionado con el cumplimiento de la obligación de que trata el artículo 349 del C. de P.P.

Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede el recurso de reposición. A través de la Secretaría de la Sala regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

Con salvamento de voto

NELSON SARAY BOTERO

MAGISTRADO



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05-212-60-00201-2017-07014
Procesado	Elkin Enoe Parra Vélez
Víctima denunciante	DIAN
Delitos en concurso	Omisión de agente retenedor (Art. 402 C.P.)
Hechos	Años 2012 a 2015, Medellín
Juzgado <i>a quo</i>	Juzgado 1º Penal del Circuito de Bello , Antioquia
Asunto	Apelación de sentencia de 15 septiembre 2022
Tema	Artículo 349 del CPP y los allanamientos y preacuerdos
Magistrado Ponente	LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
Salvamento de voto	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

SALVAMENTO VOTO

Presento salvamento de voto en el proceso del rubro en cuanto exige cumplir el canon 349 del C.P.P. al allanamiento a cargos.

Se dispuso por la Sala Mayoritaria en el *sub lite*:

DECRETAR LA NULIDAD del trámite de allanamiento a cargos, a partir del momento de instalación de la audiencia preparatoria, a efectos de que el juez de conocimiento advierta al acusado acerca de todos y cada uno de los efectos de la aceptación de responsabilidad, en particular lo relacionado con el cumplimiento de la obligación de que trata el artículo 349 del C. de P.P.

Los siguientes son los motivos que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria, pues considero que se debió impartir aprobación o confirmación a la sentencia objeto de censura en la medida que las partes procesales y el juez actuaron correctamente.

1. LOS PRECEDENTES TENIDOS EN CUENTA POR EL *AD QUEM*

Aduce el despacho de segunda instancia que “*realizando el rastreo jurisprudencial de rigor, se tiene que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha presentado una actitud oscilante entre una y otra posición o criterio*” (se resalta).

El *ad quem* menciona como precedentes para exigir el cumplimiento del canon 349 del C.P.P. en el allanamiento a cargos los siguientes:

Providencia CSJ SP, 14 diciembre 2005, rad. 21.347 donde se dispuso que se debe cumplir el canon 349 C.P.P. en el allanamiento y en el preacuerdo.

Se agrega que «*El cambio en la línea de pensamiento sobre el punto en discusión sobrevino con la providencia radicada Nro. 25.306 del 8 de abril de 2008, y perduró hasta el 9 de abril de 2014, fallo radicado Nro. 40.174. En su nueva postura la Corte determinó que en casos de aceptación unilateral de cargos no era exigible lo dispuesto en el art. 349 del Estatuto Procedimental Penal*».

Se indica por la Sala *ad quem*: «*Posteriormente el alto tribunal en proveído dictado por el pleno de la Sala de Casación Penal el 27 de septiembre de 2017¹, retomó la tesis primigenia², señalando expresamente que el requisito plasmado en el artículo 349 del C. de P.P. resultaba predicable de allanamientos y preacuerdos, como formas de negociación de responsabilidad*».

Se señala que: «*Incluso en la más reciente decisión en que se aborda el tema, la Sala mayoritaria consolidó su criterio, en el sentido que se exige el reintegro siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, trátase de allanamiento a cargos o preacuerdo (Auto del 19 de febrero de 2020, rad. AP 504-2020, 55.166)*».

Luego se finaliza indicando que sobre el tema hay **doctrina probable**: «*Hasta aquí, ha de concluirse que la línea jurisprudencial vigente se orienta hacia la exigencia del requisito de que trata el artículo 349 del C. de P.P. respecto de allanamientos y preacuerdos. Este criterio se ha mantenido invariable desde el año 2017 a través de un número plural de decisiones que se constituyen en doctrina probable que en principio obliga a los jueces*».

2. 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 rad. 21.954 de 23-08-05 Asunto regido ley 600/00	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

¹ CSJ SP 14496-2017, rad. 39.831.

² CSJ SP rad. 21.954 de 23 abril 2005; CSJ SP rad. 21.347 de 14 diciembre 2005.

CSJ SP, rad. 29.473 de 14-05-09. En preacuerdo debe cumplir con el Art. 349 CPP	CSJ SP rad. 31.063 de 08-07-2008; 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 NULE. <i>Obiter dictum</i>	
CSJ SP 364-2018, rad. 51.142 de 21 febrero 2018. Magistrados Cúcuta	
CSJ SP rad. 51.833 de 28-02-2018. Caso del senador Bernardo Miguel Elías Vidal. (Ley 600 de 2000)	
CSJ SP 2259-2018, rad. 47.681 de 20-06-2018. La jurisprudencia no aplica al caso	
CSJ STP 7731-2019, rad. 104.902 de 11-06-2109, tutela Pasto.	
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)	

3. TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3.1 TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En Colombia existes tres clases de precedentes de la Corte Constitucional, así³:

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 fijada mediante la <i>ratio decidendi</i> (<i>decisum</i>) de una	Es una regla jurídica donde se fija el alcance de derechos fundamentales, cuya	Es una regla de derecho fijada mediante el empleo de una providencia judicial a través de la

³ 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.

<p>sentencia de constitucionalidad. No es posible apartarse del mismo⁴. Son las sentencias tipo C.</p> <p>Un <i>obiter dicta</i> (dichos de paso) no es vinculante.</p>	<p>producción surge en acciones de tutela. Son las sentencias tipo T y SU. Es la doctrina constitucional integradora⁵ y el caso análogo⁶. Es posible apartarse cuando (i) los hechos hacen inaplicable el precedente o (ii) hay elementos no considerados por el superior que permiten desarrollar mas coherentemente la institución jurídica⁷.</p>	<p>metodología de “caso análogo” o a través de la “doctrina probable” de la Corte Suprema de Justicia.</p> <p>Es posible apartarse siempre y cuando se cumpla (i) la carga de transparencia y (ii) la carga de argumentación⁸.</p>
--	--	---

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.)⁹.

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*»¹⁰.

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*

⁴ 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.

⁵ Corte Constitucional, sentencias C-083 de 1995, T-125 de 1995, T-068 de 2000, T-292 de 2006, C-539 de 2011.

⁶ Corte Constitucional, sentencias T-1317 de 2001, T-292 de 2006.

⁷ Corte Constitucional, sentencias T-566 de 1998, T-439 de 2000, T-569 de 2001, C-539 de 2011.

⁸ López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Segunda edición, Editorial Legis, Bogotá, 2008, p. 84 y ss.

⁹ Corte Constitucional, sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008.

¹⁰ 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.

de manera uniforme por la Corte Constitucional en la ratio decidendi de múltiples sentencias»¹¹.

3.2 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*»¹².

En Colombia existen dos clases de precedentes de la Corte Suprema de Justicia, así¹³:

TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
DOCTRINA PROBABLE	CASO ANÁLOGO
<p>Artículo 4^o Ley 169 de 1896¹⁴. 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).</p> <p>Se garantiza la autonomía e independencia judiciales.</p>	<p>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>»¹⁵.</p>

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 probable¹⁶.

¹¹ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. Ob., cit., p. 33.

¹² Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. Ob., cit., p. 40.

¹³ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. Ob., cit., pp. 40-41.

¹⁴ «Artículo 4^o. *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*».

¹⁵ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. Ob., cit., p. 41.

¹⁶ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. Ob., cit., p. 41.

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 (...), bajo la metodología del caso análogo*»¹⁷.

3.2.1 PREVARICATO Y PRECEDENTES

Sobre el tema de prevaricato por no seguir los precedentes de las altas Cortes, ha manifestado la Sala Penal de la Corte que también se configura el comportamiento delictivo en aquellos eventos en que se desconoce el precedente judicial de las altas Cortes, dada la fuerza vinculante que tiene porque constituye fuente de derecho al establecer reglas jurídicas de interpretación normativa, **pudiendo el funcionario judicial apartarse de dicha hermenéutica** siempre y cuando esté debidamente sustentada y justificada su posición, en argumentos lógicos, coherentes y razonables¹⁸.

4. EL ARTÍCULO 349 DEL C.P.P.

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*».

Según esta norma, 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 partes¹⁹.

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.

¹⁷ Mora Mayorga, Harry Fernando; Peláez Mejía, José María y Ochoa Garrido, Yucelis Patricia. Ob. cit., p. 41.

¹⁸ CSJ AP 1399-2021, rad. 54.522 de 21 abril 2021.

¹⁹ CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

Este requisito debe ser establecido con suficiente por el juez de conocimiento²⁰.

5. EL CANON 349 DEL C.P.P. NO APLICA AL SIMPLE ALLANAMIENTO A CARGOS

5.1 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»²¹.

El Artículo 61 CP, 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.** 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*».

²⁰ CSJ SP 2295-2020, rad. 50.659 de 8 julio 2020.

²¹ <https://open.books4languages.com/spanish-a1-grammar/chapter/oraciones-coordinadas-copulativas-y-disyuntivas/>

Aunque esa «*igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada*»²² está referida a que, en la terminación anticipada del proceso penal, el género²³ son las «*negociaciones*» y las especies²⁴ 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.

5.2 ARGUMENTOS DESDE LA DOCTRINA EXPUESTA EN SALVAMENTO DE VOTO

El salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier, presenta 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.

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 y de la que no participa el allanamiento o aceptación.

La aceptación o el allanamiento a cargos es un acto unilateral del inculcado 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».

²² <https://dle.rae.es/tambi3n>

²³ Según el DRAE: «1. m. Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes».

²⁴ Según el DRAE: «1. f. Conjunto de elementos semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes».

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 Derecho²⁵.

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 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.

²⁵ Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal, parte general*, Primera edición. Universidad Sergio Arboleda y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2017, p. 88-89.

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 legal²⁶, lo cual exige en el cuerpo normativo la existencia de la disposición que contenga hechos semejantes al que pretende ser abarcado por esta²⁷.

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.

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 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 regulado²⁸.

²⁶ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, Parte general*, Quinta Edición, Barcelona, 2002, p. 86.

²⁷ CSJ SP 5104-2017, rad. 40.282 de 5 abril 2017.

²⁸ CSJ SP rad. 26.136 de 26 agosto 2009.

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 jurídicos²⁹, 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***).
- 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.

²⁹ CSJ SP rad. 23.567 de 4 mayo 2005.

6. 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> ³⁰
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.
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

³⁰ CSJ SP rad. 40.159 de 17 abril 2013.

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 penal³¹.

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 omisión³².

El cobro coactivo es un mecanismo legal, cuya finalidad se asemeja a la acción ejecutiva, es un instrumento o «**privilegio exorbitante**»³³ 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 ordinaria³⁴.

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 penal³⁵.

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 omitida³⁶.

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*

³¹ CSJ AP 5389-2019, rad. 54.532 de 12 diciembre 2019.

³² CSJ AP, 28 septiembre 2011, rad. 37.369; CSJ AP 5389-2019, rad. 54.532 de 12 diciembre 2019.

³³ Corte Constitucional, sentencias T-455 de 1994, C-666 de 2000, C-799 de 2003, T-604 de 2005.

³⁴ CSJ SP 8463-2017, rad. 47.446 de 14 junio 2017; CSJ AP 3166-2019, rad. 53.823 de 5 agosto 2019.

³⁵ CSJ SP 8463-2017, rad. 47.466 de 14 junio 2017.

³⁶ 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.

poderes a funcionarios abogados de la citada Dirección. Así mismo, el Gobierno podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados»³⁷.

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**»³⁸, lo debe agotar internamente y no puede acudir a otras instancias judiciales.

7. 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 preacuerdo³⁹.

Esa postura fue expresamente modificada y 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 preacuerdos⁴⁰, no para los allanamientos⁴¹.

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 conocimiento⁴².

Es condición de procedibilidad del acuerdo⁴³. 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.

³⁷ Artículo declarado exequible, únicamente por los cargos analizados en la demanda, mediante Sentencia C-649 de 13 agosto 2002.

³⁸ Corte Constitucional, sentencias T-455 de 1994, C-666 de 2000, C-799 de 2003 y T-604 de 2005.

³⁹ CSJ SP, 8 abril 2008, rad. 25.306.

⁴⁰ CSJ SP 4514-2014, rad. 40.174 de 9 abril 2014.

⁴¹ 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 SP 4514-2014, rad. 40.174 de 9 abril 2014.

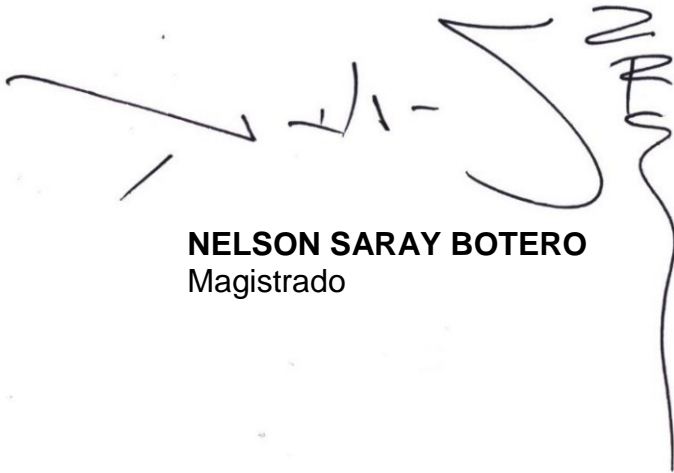
⁴² CSJ AP, 27 abril 2011, rad. 34.829.

⁴³ CSJ AP 7233-2014, rad. 44.906 26 noviembre 2014.

8. CONCLUSIÓN

El canon 349 del C.P.P. no aplica para el simple allanamiento a cargos, así que la decisión del juez de primera instancia está ajustada a la legalidad, razón por la cual debió impartirse confirmación de la sentencia de condena.

Estos son los motivos que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado