

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL

Magistrado Ponente:
ALBERTO POVEDA PERDOMO
Aprobado Acta N° 071

INTERLOCUTORIO – SEGUNDA INSTANCIA

Bogotá D.C, jueves, nueve (9) de junio de dos mil once (2011).

Radicación	110016000023200900978 02
Procedente	Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Conocimiento
Procesado	DEISY MILENA OSORIO
Delito(s)	Captación masiva habitual y estafa agravada
Decisión	Decreta nulidad

I. ASUNTO:

1. Sería el caso de resolver la impugnación presentada por la defensa contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que condenó a DEISY MILENA OSORIO por los delitos de captación masiva y habitual en concurso heterogéneo con estafa agravada, de no ser porque se observa la existencia de una causal de nulidad que invalida lo actuado.

II. ANTECEDENTES PROCESALES:

2. El 31 de enero de 2008 DEYSI MILENA OSORIO en asocio con TILO YOVANNY FLORIÁN, constituyeron la sociedad denominada 180° Asesorías y Soluciones, empresa en la que oficiaba la procesada como gerente y el segundo como suplente de esta, y comenzaron a

captar y recibir dineros del público, en efectivo, de manera masiva y habitual, lo que ocurrió hasta mediados de febrero de 2008.

3. Tras la denuncia de múltiples inversionistas y labor investigativa de la Fiscalía 172, el Juzgado Treinta y Cuatro Penal de Control de Garantías libró orden de captura contra DEISY MILENA OSORIO, materializándose por miembros de la Policía a las 13:30 de la tarde del 30 de julio de 2009 en la Calle 39 Sur Carrera 68 esquina, vía pública, barrio la *Alquería la fragua*, localidad de Kennedy, Bogotá D.C.

4. La Fiscalía formuló imputación por los delitos de captación masiva y habitual de dineros, estafa agravada en masa y no devolución de dineros, conductas descritas en los artículos 316, 246, 267 y parágrafo del artículo 31 del Código Penal, allanándose a los cargos ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal de Control de Garantías.

5. En decisión de 23 de noviembre de 2010 el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento, condenó a DEISY MILENA OSORIO a la pena principal de 50 meses de prisión y multa por valor de 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como coautora responsable de los delitos de captación masiva y habitual de dineros en concurso heterogéneo con estafa agravada.

6. De igual manera la instancia negó el beneficio de reducción de pena por reparación del artículo 269 del Código Penal, y no otorgó ningún mecanismo sustitutivo para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

7. La defensa de la procesada argumentando que su procurada cumplió con los requisitos para ser beneficiaria del artículo 269 del Código Penal, que al ser aplicado permitía concederle el subrogado del artículo 63 de la misma normatividad.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

8. Competencia: De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34-1 y 176 del Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, esta Corporación es competente para decidir el recurso de apelación presentado por la defensa de DEISY MILENA OSORIO.

9. Problema jurídico planteado: Debe determinar la Sala si la procesada es merecedora de la rebaja de pena prevista en el artículo 269 del Código Penal; subsiguientemente también deberá examinarse la posibilidad de otorgar el subrogado penal reclamado. Previamente se establecerá si se cumplieron los requisitos determinados en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, porque en el presente asunto se trata de delitos que produjeron incremento patrimonial a la responsable del punible.

10. La restricción del artículo 349 de la Ley 906 de 2004: el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal prohíbe la celebración de acuerdos en aquellos delitos en los que los procesados hayan obtenido un incremento patrimonial, salvo que reintegren por lo menos la mitad de lo apropiado y aseguren el recaudo del remanente.

11. Introducción de la norma en la legislación nacional: La Comisión Redactora Constitucional creada para elaborar el Proyecto

de Código de Procedimiento Penal, no debatió ni formuló restricciones a las formas de terminación anticipada del proceso que dependieran del reintegro de lo apropiado en aquellos delitos en los que el procesado obtuviese un incremento patrimonial¹.

12. El texto del referido proyecto establecía un Título dedicado a los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, preceptos en los que se determinaban las finalidades de los mismos (Artículo 386), la posibilidad de celebrarlos desde la audiencia de formulación de imputación (Artículo 387), las modalidades de los preacuerdos y negociaciones (Artículo 388), las reglas imperantes para los preacuerdos posteriores a la presentación del escrito de acusación (Artículo 389), la posibilidad de permitir la aceptación total o parcial de los cargos (Artículo 390) y unas reglas comunes aplicables a estos mecanismos de justicia consensuada (Artículo 391)².

13. En el Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara³, no se hicieron cambios sustanciales al texto original del proyecto, pero el texto finalmente aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes llevó a la introducción del siguiente artículo:

Artículo 388. Improcedencia del principio de oportunidad, acuerdos o negociación 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 aplicar el principio de oportunidad, o adelantar cualquier tipo de negociación

¹ Al respecto se pueden confrontar las actas que elaboró la Comisión Redactora Constitucional. Así mismo el Proyecto de Ley Estatutaria N° 01 Cámara, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Cfr. *Gaceta del Congreso*, número 339, 23 de julio de 2003.

² *Gaceta del Congreso, Proyecto de Ley Estatutaria N° 01 Cámara, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*, número 339, 23 de julio de 2003.

³ *Gaceta del Congreso*, número 564, 31 de octubre de 2003.

con la Fiscalía o acceder a beneficio, hasta tanto no se reintegre el valor equivalente al incremento percibido.

Tratándose de bienes del Estado, la Contraloría General de la República deberá acreditar la restitución⁴.

14. El referido contenido apareció y se aprobó sin mayores explicaciones que permitan determinar el propósito perseguido por el legislador con dicha norma. Únicamente se dijo en el Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara:

16. Introduce un nuevo artículo 386 (**Improcedencia del principio de oportunidad, acuerdos o negociación con el imputado acusado**). El fin de este artículo es evitar que en los casos en que se haya obtenido con el ilícito un incremento patrimonial, se hagan sus sujetos activos merecedores de estos beneficios hasta tanto no hayan restituido dicho incremento⁵.

15. En el Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 229 de 2004 Senado, se expresó por los ponentes⁶:

Artículo 388. Improcedencia acuerdos o negociación 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 no se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido.

Tratándose de bienes del Estado, la Contraloría General de la República deberá acreditar la restitución.

Se ajusta redacción. Se suprimen referencias al principio de oportunidad pues este tiene su propia regulación. Se disminuye al 50% la exigencia de reintegro del valor equivalente al incremento percibido.

⁴ *Gaceta del Congreso*, número 89, 25 de marzo de 2004.

⁵ *Gaceta del Congreso*, número 104, 26 de marzo de 2004. En el Acta de la Plenaria de Cámara celebrada el 21 de abril de 2004, no se consignó una referencia expresa al artículo propuesto. Cfr. *Gaceta del Congreso*, número 296, 22 de junio de 2004.

⁶ *Gaceta del Congreso*, número 200, 14 de mayo de 2004.

16. En el Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 229 de 2004 Senado que se puso a consideración de la Plenaria del Senado de la República, se expresó por los ponentes⁷:

Artículo 365. 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.**

Explicación: La Fiscalía propuso como requisito para la procedencia de los acuerdos o negociaciones asegurar el recaudo del remanente y ajustar el título de la disposición.

17. La Plenaria del Senado de la República aprobó el siguiente texto⁸:

Artículo 365. 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.

18. En las Actas de Conciliación al Proyecto de Ley 001 de 2003 Cámara⁹, 229 de 2004 Senado¹⁰, se fijó el contenido del texto que se convirtió en precepto legal:

Artículo 349. Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto

⁷ *Gaceta del Congreso*, número 248, 4 de junio de 2004.

⁸ *Gaceta del Congreso*, número 273, 11 de junio de 2004.

⁹ La aprobación por Cámara consta en la *Gaceta del Congreso*, número 286, 16 de junio de 2004.

¹⁰ La aprobación por Senado consta en la *Gaceta del Congreso*, número 285, 16 de junio de 2004. El Acta de la Plenaria consta en la *Gaceta del Congreso*, número 362, 19 de julio de 2004.

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.

19. Del proceso legislativo cumplido en el Congreso de la República por el Proyecto de Ley “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, surge evidente que la norma no fue motivo de especial desvelo para los legisladores, lo que no obsta para resaltar que cuando fue introducida se dijo que ella tenía como fin “evitar que en los casos en que se haya obtenido con el ilícito un incremento patrimonial, (no se puedan hacer los) sujetos activos merecedores de estos beneficios hasta tanto no hayan restituido dicho incremento”¹¹, de modo que el espíritu de la norma se hizo extensivo, en términos generales, a todas las formas de terminación anticipada del proceso en las que el imputado o acusado obtuviera un incremento patrimonial.

20. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: En varias oportunidades el Tribunal Supremo de la jurisdicción ordinaria ha hecho referencia al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Entre las decisiones proferidas que se destacan por su incidencia en el alcance del citado precepto, se citan las siguientes:

(i). Providencia de 14 de diciembre del 2005, radicación 21347, en la que se indicó:

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

¹¹ *Gaceta del Congreso*, número 104, 26 de marzo de 2004. En el Acta de la Plenaria de Cámara celebrada el 21 de abril de 2004, no se consignó una referencia expresa al artículo propuesto. Cfr. *Gaceta del Congreso*, número 296, 22 de junio de 2004.

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 punible.

La noción de pronta y cumplida justicia, entonces, debe entenderse en la nueva sistemática de manera integral, es decir, no sólo en la perspectiva de lograr una sentencia condenatoria rápidamente a cambio de una ventaja punitiva para el procesado -que es lo que pasa en la sentencia anticipada-, sino además en la necesidad de restablecer el equilibrio quebrantado con el delito, que es lo que finalmente soluciona el conflicto al verse la víctima compensada por la pérdida sufrida.

(ii). En sentencia de 22 de junio de 2006, radicación 24817, se realizó un proceso de interpretación del sentido del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 frente al texto del artículo 269 del Código Penal, de la siguiente manera:

Con estas precisiones, se concluye, frente al artículo 349 de la Ley 906 del 2004, que el valor reintegrable debe ser total cuando el afectado sea el patrimonio público, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes. Idéntica solución cabe admitir respecto de la aplicación del artículo 269 del Código Penal, limitada obviamente a los delitos contra el patrimonio económico.

En estos eventos, sin embargo, la identidad de las figuras no es completa, porque mientras la reparación del artículo 269 del Código Penal exige *la restitución del objeto material del delito o su valor y la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado*, el reintegro que consagra el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal se limita al *valor equivalente al incremento percibido*, lo que excluye el monto de los perjuicios causados a la víctima y en general todas aquellas sumas que no ingresaron al patrimonio del imputado o acusado.

(iii). Sentencia de 1° de junio de 2006, radicación 24764. Se hizo un análisis de las formas de terminación anticipada del proceso en la Ley 906 de 2004. Haciendo referencia específica al allanamiento a cargos se dijo:

Es decir: **el allanamiento de hoy...** deberá tener muy presentes las **finalidades** (art. 348) y la **improcedencia** (art. 349), que se traen como criterios rectores para ese específico Capítulo Único, Título II del Libro III del cpp-2004.

(iv). Sentencia de 14 de mayo de 2009, radicación 29473, se declaró la nulidad de un proceso porque la instancia omitió hacer valer en un preacuerdo la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal:

En tales condiciones, advierte la Sala que dicha actuación está viciada de nulidad por violación del debido proceso, en la medida en que se desconoció el contenido del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, preceptiva que es de imperiosa aplicación cuando se pretende la terminación anticipada a través de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso.

En efecto, recuérdese que el Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 consagró lo referido a los "**PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO**", conjunto de normas donde se regula la terminación anticipada del proceso por razón de estos institutos.

En dicho acápite, precisamente se estipuló que resultaban improcedentes los "*acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado*", en el evento en que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial derivado de la misma, a menos que haya reintegrado el 50 por ciento del valor equivalente al aumento percibido y asegurado el recaudo del remanente.

Y concluyó la Suprema:

En tales condiciones, resulta diáfano predicar que en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, surge indispensable dar cabal

cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en tanto que el presupuesto del reintegro constituye motivo de procedibilidad para culminar con la terminación abreviada del proceso.

(v). En reciente providencia, de 27 de abril de 2011, radicación 34829, la Corte hizo una distinción entre los institutos premiales y concluyó, a título de *obiter dictum* y no como *ratio decidendi*, que la limitación del artículo 349 no opera respecto del allanamiento:

En este estado del discurso, la Corporación estima que se hace necesario entrar a precisar si, tal como aparece en el texto del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, la prohibición que allí se consagra opera solamente respecto de los mecanismos de justicia consensuada, es decir, los acuerdos, o si dicho impedimento ha de cubrir también los eventos de allanamiento a cargos, entendida esta figura como una de las manifestaciones de la justicia premial. Planteado de otra manera, se trata de dilucidar si cuando el imputado o acusado se ha allanado a los cargos por un delito de aquellos que le generan un indebido incremento patrimonial es procedente la aprobación de la aceptación por el funcionario judicial de garantías sin que se cumpla el requisito del reintegro de al menos del 50% del valor del incremento percibido y el aseguramiento del remanente.

La respuesta a la cuestión planteada debe empezar por considerar que la prohibición de que trata el artículo en comento referida al *acuerdo*, y no al allanamiento, no es fortuita; dígase que aún cuando el acuerdo entre el fiscal y el imputado o acusado sobre los cargos formulados y el allanamiento a los mismos por parte del último guardan similitudes e incluso –de alguna forma- encuentran regulación en el mismo Título, Capítulo y Libro del Código de Procedimiento Penal de 2004 (artículos 348 a 354, en concordancia con el 288), lo cierto es que mantienen importantes diferencias que son relevantes a la hora de fijar sus efectos.

Las dos figuras -acuerdo y allanamiento, entendido este último también como la aceptación pura y simple de los cargos- constituyen modalidades de terminación abreviada del proceso que se traducen en el reconocimiento libre, consciente, espontáneo e ilustrado de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta punible motivo de investigación (artículo 283). Mediante tal acto unilateral -o consensuado- el imputado o enjuiciado, según el caso, renuncia no sólo al derecho de no auto incriminación, sino a la posibilidad de tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, a allegar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra, a cambio de obtener,

dependiendo del momento en que se dé esa manifestación¹² -o de lo acordado con el fiscal-, una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle por la conducta llevada a cabo, en caso de que el proceso culminara con fallo condenatorio por los cauces ordinarios.

No obstante lo anterior, existen diferencias entre los dos institutos, pues mientras el preacuerdo es un acto bilateral que siempre debe contar con la anuencia de las partes, el allanamiento o la aceptación pura y simple, emerge, en cambio, por voluntad exclusiva del imputado o acusado.

En igual sentido, es pertinente recordar que la Corte Constitucional, en su Sentencia de Tutela N° 091 del 10 de febrero del 2006, distinguió entre *acuerdos* y *allanamientos* y fue así como dijo que en los primeros había negociación entre la fiscalía y el imputado, mientras en los segundos la persona simplemente se acogía a los cargos imputados.

De la distinción precedente se deriva que, al contrario de lo que ocurre en el evento de allanamiento, al celebrar un preacuerdo el fiscal y el imputado o acusado, según los elementos de prueba y evidencias recaudadas en la actuación, pueden pactar o negociar -entre otros- sobre aspectos tales como los siguientes: *i)* el grado de participación, *ii)* la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, *iii)* una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, *iv)* su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, *v)* la sanción a imponer, *vi)* los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del Código Penal, *vii)* los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, *viii)* las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), *ix)* la ira o intenso dolor (artículo 57), *x)* la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), *xi)* la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y, en fin *xii)* las conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos¹³.

Todas las situaciones reseñadas conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales cabe atribuir responsabilidad penal y, por ende, fijan para el procesado, de consuno con su acusador, la imputación fáctica y jurídica, así como sus consecuencias.

De lo dicho se desprende que por razón de las diferencias entre uno y otro instituto sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo más no del

¹² Cfr. Auto de 2 de diciembre de 2008, radicación 30684.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 10 de mayo de 2006, radicación 25389.

allanamiento.

21. Los precedentes del Tribunal Constitucional: La Corte Constitucional examinó la exequibilidad del artículo 349 de la Ley 906 de 2004¹⁴, oportunidad en la que expresó:

En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: evitar que mediante **las figuras procesales de la justicia negociada**, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente. En otras palabras, se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el patrimonio económico, como parece entenderlo la demandante, sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como delitos contra la administración pública (v.gr. peculado, concusión, cohecho, etc.). De tal suerte que, distinto a lo sostenido por la demandante, el propósito de la norma acusada no es crear una especie de beneficio o privilegio a favor de las víctimas de quienes se han enriquecido con su accionar delictivo, sino asegurarse que no disfruten de un provecho ilícito.

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.

En suma, la norma acusada no puede ser interpretada de manera aislada, sino como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada.

...

Así pues, queda claro que, la restricción que establece el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 a la celebración de acuerdos y preacuerdos no puede confundirse con los fines y los desarrollos del incidente de reparación integral de las víctimas.

...

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-059/10.

En suma, para la CSJ el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, debe entenderse en el sentido de (i) se trata de un requisito de procedibilidad de los acuerdos y negociaciones celebradas entre la Fiscalía y el imputado o acusado, según el caso; (ii) resulta pertinente, para su aplicación, tener en cuenta si el delito afectó el patrimonio público o privado; (iii) la devolución del incremento patrimonial producto de la conducta punible no debe confundirse con la reparación integral de la víctima; y (iv) es deber de la Fiscalía investigar el monto del incremento patrimonial antes de celebrar el acuerdo o la negociación.

Los fines de la norma acusada. Como se ha indicado, la finalidad del artículo 349 del C.P.P. no se encamina a establecer privilegio alguno entre las víctimas, sino a que quienes hubiesen obtenido un provecho indebido con su actuar, no puedan disfrutarlo.

La norma no apunta exclusivamente a los delitos contra el patrimonio económico. El artículo 349 del C.P.P. alude a todo delito en el cual el acusado hubiese obtenido un “*incremento patrimonial fruto del mismo*”, situación que se presenta no sólo en el caso de los clásicos delitos contra el patrimonio económico de un particular (v.gr. hurto, estafa, abuso de confianza, etc.), sino en conductas que atentan contra la administración pública (v.gr. peculado, concusión, etc.) o contra la salud o seguridad públicas (narcotráfico, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, etc.). En otras palabras, el espectro de perjudicados con la conducta punible, no resulta ser más amplio que aquel señalado por la demandante, sino que algunos casos no existen víctimas directas del delito.

En toda negociación, los derechos de las víctimas deben ser garantizados. Como se ha indicado, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los procesos de justicia negociada no pueden ser ajenos a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, lo cual significa que el juez que los apruebe deberá escucharlas y tomar en consideración sus derechos. De tal suerte que la norma acusada no puede ser entendida como un mecanismo encaminado a privilegiar a unas víctimas sobre otras, por cuanto, en cualquier negociación que se realice entre la Fiscalía y la defensa, aquéllas deberán ser escuchadas.

La norma acusada no puede confundirse con el incidente de reparación integral. Se ha precisado que la aplicación del artículo 349 del C.P.P. no puede confundirse en cuanto a sus fines y objeto con aquellos del incidente de reparación integral. En efecto, para celebrar la negociación, el legislador obliga al acusado a reintegrar, al menos, el 50% del incremento patrimonial obtenido y a asegurar el pago del remanente, lo cual no implica una reparación integral a las víctimas.

Efectos de extender la figura a todos los delitos. Si en gracia de discusión se aceptase la argumentación planteada por la

demandante se llegaría a la siguiente situación: sólo los victimarios que contasen con recursos económicos podrían beneficiarse de la aplicación de las figuras procesales propias de la justicia negociada. Se establecería, de esta forma, una discriminación entre los procesados.

22. Providencias de los Tribunales Superiores de Distrito

Judicial: Varias Salas de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá han proferido decisiones sobre la extensión o alcance del artículo 349 de la Ley 906 de 2004. En algunas providencias se ha determinado que la restricción contenida en el referido precepto se aplica exclusivamente a los preacuerdos o acuerdos que celebran Fiscalía, procesado y defensor¹⁵. Al mismo tiempo, otras Salas han considerado que el referido requisito de procedibilidad opera tanto para el allanamiento a cargos como para los acuerdos y preacuerdos¹⁶.

23. Discusión: El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal tiene como *nomen iure* “improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado”, lo que de entrada **permite constatar** que la norma se refiere, en términos generales y sin especificación de naturaleza alguna, a las diferentes modalidades de terminación abreviada del proceso penal.

24. Lo anterior se refuerza por la ubicación del precepto: hace parte del título segundo, capítulo único, bajo la siguiente rúbrica:

¹⁵ Cfr. autos de 21 de febrero de 2006, radicación 110016000015200504652 01; 29 de agosto de 2006, radicación 110016000015200504652 02; 17 de noviembre de 2006, radicación 110016000015200680205 01; 14 de marzo de 2011, radicación 110016000023200907982 02; y, de 14 de marzo de 2011, radicación 1100160000232009 07982 02, entre otros.

¹⁶ Por ejemplo: autos de 12 de octubre de 2010, radicación 110016000000201000456 01; 28 de octubre de 2009, radicación 110016000015200705227 01; 18 de noviembre de 2010, radicación 110016000013200902453 01; 18 de marzo de 2011, radicación 110016000050200912184 01, entre muchas decisiones. En el mismo sentido se ha pronunciado una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali. Cfr. auto de 11 de octubre de 2010, radicación 760016000199201000951.

preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, acápite dentro del cual se encuentran comprendidas las instituciones de los preacuerdos y de los efectos del allanamiento a la imputación y a la acusación.

25. Resalta la Sala que el legislador no reparó en la aplicación técnica o rigurosa de los conceptos “acuerdos”, “preacuerdos”, “negociaciones”, “alegaciones preacordadas”, “aceptación de cargos” o “allanamiento”, de modo que así la restricción del artículo 349 haga referencia expresa al “acuerdo”, no por ello se debe descartar que el precepto se extienda al “allanamiento” a cargos, porque las dos instituciones están concebidas con una misma finalidad:

humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

26. Atendiendo la razón de ser de la restricción se debe concluir que la misma concurre por igual a ambas instituciones, pues uno de los fines del derecho penal es el deshacer los efectos negativos del delito, y cuando el punible comporta un enriquecimiento indebido a cargo del agente, es contrario a ese fin permitir que el proceso se termine anticipadamente con la concesión de rebajas de penas a pesar de que ese efecto adverso del enriquecimiento indebido persista.

27. La ley no regula de manera independiente los efectos premiales del allanamiento a la imputación en la audiencia de

imputación, como se observa en el artículo 288, sino que remite para ese fin al artículo 351, el que hace parte del Título y Capítulo de los preacuerdos y negociaciones que son objeto de estas reflexiones, lo que permite afirmar que el efecto del allanamiento está regido por éste Capítulo. Sin duda, si el legislador hubiera querido un tratamiento diferente, así lo habría consignado de manera expresa, pero no lo hizo y, del trámite legislativo arriba recordado, no surge elemento de juicio alguno que indique que se trata de una omisión legislativa.

28. Por estas razones no es cierto que la aplicación de la disposición del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, tanto a preacuerdos como a los allanamientos a cargos, comporte una aplicación analógica de una norma restrictiva, pues como quedó expuesto, explícitamente la misma norma identifica que se aplica a ambas instituciones, sin que esta condición sustancial afecte en general el carácter de derecho premial que se quiso imprimir a la Ley 906 de 2004, porque se puede **distinguir** que las rebajas de pena por preacuerdo y por allanamiento a cargos operan en general para todos los delitos.

29. Vale destacar que la previsión contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, constituye un acto de obligatorio cumplimiento para aquellos delitos que llevan inmerso el provecho económico, en tanto que de acuerdo con la norma permite concluir que el pluricitado reintegro, así como el aseguramiento del recaudo del remanente, constituye un acto de procedibilidad para perfeccionar el *preacuerdo o la negociación*.

30. Igualmente, como quedó fijado al examinar el proceso legislativo, la norma fue concebida para impedir que todo agente responsable de delitos que le significaran incremento patrimonial, se beneficie de importantes disminuciones de pena cuando no reintegra o asegura la restitución del monto al que asciende su enriquecimiento.

31. En el mismo sentido, obsérvese que en el fallo C-059/10, conforme el cual se examinó la exequibilidad del artículo 349 tantas veces citado, la Corte Constitucional hizo una referencia conglobante de las instituciones premiales y por ello no se dedicó a los allanamientos sino que habló de la citada restricción respecto de **“las figuras procesales de la justicia negociada”**; por ello mismo, agregó que con la norma se buscaba “evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos puedan recurrir a **los instrumentos procesales de la justicia negociada** (en plural) para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales”, y concluyó que el precepto materia de estudio debía ser estudiado **“como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada”**¹⁷.

32. Aceptar que los procesos que terminen mediante allanamiento a cargos no les es aplicable la exigencia del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, no solamente conduce a una discriminación odiosa en la aplicación de la ley, sino que deja la vía libre para que todo tipo de usurpador de la riqueza pública y privada se beneficie de importantes descuentos de pena sin preocuparse de las víctimas; es decir, ampararía una impunidad grosera para el

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia 059/10.

sentido común que valora la legitimidad de la justicia. En esta hipótesis lo único que le interesa al acusado es purgar rápidamente la exigua pena privativa de la libertad que se le imponga, para salir a disfrutar de las grandes sumas de dineros amasadas mediante el delito. Y ese tampoco fue el querer del legislador ni allá conduce la hermenéutica que reclama de los jueces propugnar por un orden justo.

33. En este sentido, empecé de una última decisión del Tribunal de Casación en la que a título de *obiter dictum* se indica que el artículo 349 no opera respecto del allanamiento a cargos, providencia en la que no se dice de manera expresa que la jurisprudencia sobre la materia haya sido cambiada¹⁸, la Sala hace propio el precedente de la Corte Suprema de Justicia que entiende que la noción de pronta y cumplida justicia no se opone al restablecimiento del equilibrio quebrantado con el delito, porque esa sí es la vía de solución de los conflictos¹⁹, de modo que debe entenderse que la prohibición del artículo 349 se aplica para el allanamiento a cargos y los acuerdos o preacuerdos.

34. Caso concreto: en el presente asunto es claro que la procesada se allanó a los cargos que le hizo la Fiscalía en el momento de la imputación, oportunidad en que la autoridad requirente le atribuyó responsabilidad por los delitos de captación masiva y habitual de dineros, estafa agravada en masa y no devolución de dineros.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 27 de abril de 2011, radicación 34829.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 14 de diciembre de 2005, radicación 21347.

35. Por lo anterior el Juez Diecisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento, teniendo en cuenta la aceptación de responsabilidad por la ejecución de las conductas ilícitas, y en aplicación del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, redujo la sanción determinada en la mitad (1/2) de la pena a imponer, dejando una sanción definitiva de cincuenta (50) meses de prisión y multa de setenta (70) salarios mínimos legales vigentes.

36. Dentro de la documentación obrante y en escrito de acusación del Fiscal 172 Seccional, se hace relación al número de inversionistas perjudicados con el desarrollo de la conducta, los cuales según las denuncias superan la cantidad de cien (100) individuos, los que invirtieron una suma que ascendió a un valor de trescientos tres millones de pesos (\$303.000.000,00).

37. De igual forma, en las carpetas aparecen los múltiples acuerdos realizados por la procesada con los representantes de la víctimas reconocidas dentro de la actuación procesal desarrollada, tendientes a satisfacer por concepto de reparación los perjuicios ocasionados con la comisión de la conducta punible.

38. Se tiene que de los acuerdos realizados y el plan de reparación presentado por la defensa en los que se estableció cancelar un valor de cuatrocientos mil pesos por cupo (\$400.000,00), por concepto de reparación, y en cumplimiento de lo estipulado, es claro que la condenada solo reembolsó el equivalente a 64 cupos, por un valor total de veinticinco millones seiscientos mil pesos (\$25.600.000,00), para resarcir a un total de 28 víctimas.

39. De lo mencionado y en concatenación con el alcance otorgado al artículo 349 de la Ley 906 de 2004 frente al allanamiento de cargos, ha de concluirse:

(i). Las conductas descritas se enmarcan en tipos penales que representan un atentado al patrimonio económico, como los son las consagradas en los artículos 246 y 316 del Código Penal²⁰;

(ii). Es claro el incremento patrimonial recibido por la procesada a consecuencia de la ejecución de las conductas descritas;

(iii). No se reintegró el 50% del incremento percibido a todas las víctimas, y

(iv). No aparece asegurado el pago del remanente.

40. El Código de Procedimiento Penal, artículo 457, determina la ineficacia de los actos procesales cuando se produce una violación de las garantías procesales, remedio que constituye mecanismo extremo y residual de corrección de actos irregulares, viable para sanear errores judiciales que afecten de manera grave e irremediable y que no sea dable corregir por otro camino.

41. De acuerdo con lo reseñado *ut supra* no se satisfacen los parámetros descritos en la norma para que cobren eficacia los

²⁰ La Sala precisa recuerda que el artículo 349 de la Ley 906 habla de “delitos en los cuales el sujeto hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo”, lo que conceptualmente desborda o va más allá de lo que se entiende por patrimonio desde la perspectiva del bien jurídico penalmente protegido, situación que permite, por ejemplo, que en un cohecho se tenga que aplicar la restricción que se comenta, empece de tratarse de un delito en el que no se afecta un bien jurídico de contenido patrimonial.

efectos del allanamiento hecho en el caso particular, motivo por el cual no queda alternativa distinta a la de **nulitar la actuación a partir de la decisión proferida por el juez de conocimiento el 25 de marzo de 2010**, conforme la cual se reconoció la legalidad de la aceptación unilateral de cargos expresada por DEISY MILENA OSORIO en diligencia de 31 de julio de 2009, cumplida ante el Juez Cincuenta y Nueve de Control de Garantías.

42. Aclara el Tribunal que en supuestos como el planteado, el imputado o acusado se puede allanar a los cargos, y al llegar el proceso al juez de conocimiento éste debe advertir a la imputada que puede mantener su postura de allanarse a la imputación, pero que el incumplimiento de la previsión del artículo 349 impide que se le conceda una rebaja de pena, de modo que en tal evento se puede verificar el allanamiento o preacuerdo con la advertencia y el pleno conocimiento del interesado de la imposibilidad de conceder descuentos punitivos. Dicho de otra manera: la verificación de la legalidad del allanamiento pasa por examinar que se cumplan las restricciones del artículo citado, de manera que sólo procederá su aprobación en tanto la procesada acepte la imposición de pena conociendo que no tendrá derecho a rebaja de la misma.

43. En el presente asunto la aceptación de cargos se hizo precedida de un ofrecimiento de rebaja de pena, disminución que de acuerdo con lo expuesto resulta improcedente por la existencia de un incremento patrimonial derivado del delito, situación que hace imposible aprobar la aplicación del mecanismo premial y el fallo que lo acogió.

44. De otro lado, como consecuencia de la declaratoria de invalidez de lo actuado y el tiempo que ha permanecido en prisión provisional la imputada, la Corporación considera que no es posible ordenar la libertad de DEISY MILENA OSORIO, según lo preceptuado por el artículo 317, incisos 4° o 5° de la Ley 906 de 2004, porque los términos a los que aluden dichos preceptos no se han restablecido como lo dispone el párrafo de la misma norma.

45. Lo anterior significa que no existe una expectativa razonable de libertad por parte de la procesada, porque solamente a partir de la improbación del acuerdo por parte del juez de conocimiento, se correrán los términos preclusivos que tiene la Fiscalía para presentar el escrito de acusación o el juez para dar inicio a la audiencia de juicio oral.

46. Por último, también resulta extraño que el fallo de primer grado haga alusión exclusivamente a los delitos de captación masiva y habitual en concurso heterogéneo con estafa agravada, siendo que la imputación se elevó por dichos punibles y por la conducta de no devolución de dineros (Código Penal, artículo 316A), de modo que la referida acusación quedó en el limbo porque el *a quo* no hizo manifestación alguna referente a la responsabilidad de la procesada o a la atipicidad del comportamiento a ella atribuido.

47. La irregular situación se erige en motivo adicional para que se anule la actuación, en los términos en que ya quedó precisado.

48. Cuestión adicional: El Tribunal no desconoce que cuando se estaba impulsando la reforma constitucional para implementar el sistema penal acusatorio, y, luego, en el trámite legislativo que dio

lugar a la Ley 906 de 2004, se ofreció como bondad especial del nuevo sistema la posibilidad de terminar en forma anticipada al menos el noventa por ciento de los procesos que llegaran a conocimiento de los jueces. Se dijo que los asuntos que serían sometidos a juicio oral en todo caso no serían muchos porque la gran mayoría de procesados buscarían una fórmula de terminación anticipada del proceso por medio de la aceptación de cargos, acuerdos con la Fiscalía o por aplicación del principio de oportunidad.

49. Sin embargo, en desarrollo de políticas propias de un derecho penal de enemigo, una vez empezó a operar el nuevo sistema procesal acusatorio, el legislador, en una carrera inconsistente, asistemática, coyuntural, incoherente y atropellada, comenzó a introducir limitaciones a los mecanismos ideados para terminar de manera rápida y anticipada los procesos penales²¹, oportunidad en la que la jurisprudencia entendió que cuando se imponía una restricción a una figura debía aplicarse a su similar o análoga²², lo que ha llevado a que de un alto porcentaje de procesos concluidos por la vía expedita de los allanamientos y preacuerdos en los primeros años de aplicación de la Ley 906 de 2004, hoy se esté reduciendo dramáticamente y la tendencia esté claramente direccionada en el sentido de administrar justicia y poner punto final a las causas penales pero luego de agotado el juicio oral, lo que está llevando a un aumento de la congestión judicial y que en el futuro próximo, a no dudarlo, se estará al borde del colapso de un sistema que se estableció como garantía de celeridad.

²¹ Por ejemplo, Ley 1098 de 2006, artículo 199 y Ley 1121 de 2006, artículos 25 y 26.

²² Por ejemplo, Corte Constitucional, sentencias C-738/08, C-055/10 y C-073/10.

50. En efecto, en lo relativo a ciertos delitos contra menores, el artículo 199-7,8 de la Ley 1098/06, textualmente establece que no procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado, por vía de la jurisprudencia se ha aplicado la equivalencia de los conceptos “preacuerdos y negociaciones” a “allanamiento”, de modo que no se reconocen las rebajas de pena por éste concepto. A su vez, la Ley 1121, artículo 26, excluyó de beneficios por sentencia anticipada, rebajas de pena y beneficios los asuntos referidos a delitos relacionados con terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, prohibición que también se aplica para el evento de allanamiento a esas imputaciones, lo que lleva a la Sala a abundar que la seguridad jurídica de un país requiere que la interpretación de una figura sea sistemática, coherente y la misma en todos los eventos equivalentes, como ejercicio de la igualdad de todos ante la ley y la proscripción de tratos discriminatorios que no tengan una sólida y razonable base constitucional.

51. El cuestionamiento de la menor eficiencia del sistema que se puede derivar de la aplicación del artículo 349 a los allanamientos a imputación es un argumento de carácter eficientista, que lejos está de ponderar la justicia sustancial en vigencia de un orden social justo y para con las víctimas, sean públicas o privadas. La solución a la dificultad que pueda resultar es de orden administrativo, para el que está establecida una autoridad responsable de afrontarlo y solucionarlo, diferente al loable afán de los jueces por terminar el mayor número de procesos en el menor tiempo posible.

52. Lo reseñado obligada a demandar la atención del legislador para que, antes de expedir inopinadamente nuevas leyes en lo penal, examine en lo posible de un concepto previo a través del Consejo Nacional de Política Criminal las consecuencias perversas que para el sistema penal surgen de normas que lo único que hacen, a la larga, es aumentar la impunidad, de modo que se piense que un proceso penal como el regulado en la Ley 906 de 2004 sólo tiene posibilidades de tener un rendimiento satisfactorio en la medida en que no existan restricciones o cercenamientos que impidan la aplicación de las instituciones propias del derecho premial. Hacer lo contrario lleva a lapidar la efectividad de la administración de justicia, por buscar precisamente la justicia.

53. Por último, y dada la complejidad de las dificultades jurídicas que surgen de la aplicación del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y la ausencia de una jurisprudencia integradora que resuelva sobre la materia, así como los problemas que afronta el sistema penal acusatorio por el grave cercenamiento que el legislador ha introducido a las originales fórmulas de terminación anticipada del proceso, junto con la propuesta de *lege ferenda* que aparece en el párrafo precedente, se solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que publique en la página *web* de la Rama Judicial la presente decisión.

IV. DECISIÓN:

A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,

V. RESUELVE:

1°. DECRETAR la nulidad de lo actuado a partir, **INCLUSIVE**, de la decisión proferida el 25 de marzo de 2010 por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, cuando reconoció la legalidad de la aceptación unilateral de cargos expresada por DEISY MILENA OSORIO.

2°. DISPONER la remisión del proceso al Despacho de procedencia, para que rehaga la actuación con estricto apego a la legalidad vigente.

3°. ADVERTIR que contra la presente decisión no proceden recursos.

4°. SOLICITAR la publicación de esta providencia en la página *web* de la Rama Judicial.

5°. ANUNCIAR que la decisión queda notificada en estrados.

Cópiese y cúmplase.

ALBERTO POVEDA PERDOMO
MAGISTRADO

LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS
MAGISTRADO

RAMIRO RIAÑO RIAÑO
MAGISTRADO