

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, () de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Radicado: 050016000000201800012
Procesada: Lady Sarah Espinosa Arboleda
Delito: Falsedad en documento público y otro
Asunto: Apelación de Sentencia
Sentencia: No. - Aprobada por acta No. de la fecha.
Decisión: Declara nulidad del allanamiento
Lectura: _____

Magistrado Ponente
Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público y el apoderado de la víctima, en contra de la sentencia del 18 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual se condenó a la señora **Lady Sarah Espinosa Arboleda**, en calidad de autora de los delitos de falsedad material en documento público agravado por el uso en concurso homogéneo (28 eventos), falsedad material en documento privado en concurso homogéneo (83 casos) y concierto para delinquir, imponiéndole

una pena de 45 meses de prisión, inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena principal y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

Los hechos que generaron la presente actuación penal tienen que ver con una defraudación ocurrida entre los años 2013 y 2014 a la entidad bancaria Davivienda.

La Fiscalía General de la Nación recepcionó denuncias de un cúmulo de ciudadanos que daban cuenta que habían sido suplantados ante Davivienda. Las investigaciones arrojaron como resultados que asesores de la entidad bancaria, asociados ilegalmente para tal fin, otorgaban tarjetas de crédito *daviexpress* a ciudadanos que se identificaban con cédulas falsas, y a razón de ello recibían el 30% del valor por el que se daba cada tarjeta.

Luego de múltiples pesquisas se logró la captura de varios integrantes de la organización destinada a defraudar a Davivienda y, entre esos se halló a la señora **Lady Sarah Espinosa Arboleda**, asesora del Banco Davivienda, sucursal del centro comercial Ave María, a quien se le endilgaron 27 denuncias en las que consta que fue ella la asesora que figura en los documentos radicados ante la entidad y que conllevaron a la expedición de las tarjetas de crédito.

La organización delincuencia que se dedicaba a la expedición del producto bancario, estaba compuesto por ciudadanos encargados de suplantar personas, quienes se presentaban con los documentos de identidad falsos y plasmaban las huellas digitales en las solicitudes de producto y atendían las

llamadas de los asesores internos de la entidad bancaria para la verificación de datos. También la integraban empleados del banco de las diferentes sucursales ante quienes, previo acuerdo con los suplantadores, se presentaban con las cédulas espurias, suscribían los documentos e implantaban en los mismos las huellas de dedos diferentes al índice derecho, que es la exigida por la entidad.

Se conoció de la investigación que los suplantadores pagaban, no solo a los asesores bancarios un porcentaje del dinero correspondiente a lo obtenido con las tarjetas de crédito, sino que también a una tercera persona le cancelaban la suma de entre 25.000 y 30.000 pesos para que se encargara de seleccionar las personas, recolectar datos y verificar el historial crediticio en las bases de la CIFIN y Data crédito, para con ello iniciar el trámite.

Además, también se determinó con las pesquisas que las defraudaciones también se hacían ante las empresas de telefonía celular Claro, Movistar y Tigo.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de junio de 2017 el Juzgado 28 Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías, expidió orden de captura en contra de **Lady Sarah Espinosa Arboleda**, misma que se hizo efectiva el 8 de octubre del mismo año y al día siguiente se legalizó la aprehensión ante el Juzgado 24 Penal Municipal de Medellín, agencia judicial ante quien se formuló imputación en contra de **Espinosa Arboleda** por los punibles de falsedad material en documento público agravado por el uso en concurso homogéneo, falsedad en documento privado en concurso homogéneo y concierto para

delinquir (artículos 287, 290, 289 y 340 inciso 1 del C.P.), cargos que fueron aceptados por la ciudadana **Lady Sarah**.

El 5 de enero de 2018, la Fiscalía presentó escrito de acusación con allanamiento a cargos, el cual correspondió por reparto al Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, despacho judicial que avocó conocimiento el 11 de enero de la misma anualidad y dispuso darle el trámite previsto en los artículos 293 y 447 del C.P.P., fijando como fecha para la celebración de la audiencia el 10 de abril de 2018.

En esta audiencia el representante del Ministerio Público anunció que debía analizarse por parte del juez de conocimiento el hecho del acrecentamiento económico ilícito percibido por la procesada, como quiera que la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema era clara en indicar que para aceptarse el allanamiento, aquella debía reintegrar el 50% del incremento patrimonial obtenido con la ilicitud. El juez suspendió la audiencia para considerar la observación de ese interviniente procesal, aunado a contar con la presencia del representante de víctimas, quien no estaba presente en el acto.

Luego, el 18 de junio de 2018, sin la presencia del delegado del Ministerio Público, el funcionario judicial aprobó el allanamiento a cargos que hizo la señora **Lady Sarah Espinosa Arboleda**, en tanto el apoderado judicial de la víctima manifestó no oponerse al mismo. Acto seguido realizó la audiencia consagrada del artículo 447 del C.P.P. y finalizada la misma el defensor solicitó que a la sentencia se le diera la publicidad de la Ley 1826 de 2017 y en consecuencia se hiciera el traslado de la misma por escrito, a lo que no se opusieron las partes y la aceptó el juez.

El *a quo* corrió traslado de la sentencia con fundamento en el artículo 22 de la Ley 1826 de 2017 y por secretaría se dispuso la entrega de la misma a las partes para que dentro de los 5 días hábiles siguientes indicaran si interpondrían los recursos de apelación. En dicho lapso el representante del Ministerio Público y del apoderado judicial de Davivienda, víctima, interpusieron sendos recursos.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Comienza el juez su sentencia con un largo y elocuente exordio sobre la preocupación que le genera la desfiguración del sistema de justicia premial, que él llama capitulario, como quiera que la falta de coherencia legislativa en materia de política criminal, el populismo punitivo y la resistencia a los cambios introducidos por la Ley 906 de 2004 ha llevado a que ese modelo ya no sea la regla general sino la excepción en Colombia.

Explicó que hasta el año 2004 realmente no había un esquema de justicia negociada en el país y que solo a partir de la expedición de la Ley 906 fue que se lo implantó con una serie de características y particularidades que lo hicieron totalmente diferente y autónomo frente al contencioso, al punto que en este el protagonista es el juez, en tanto que en aquel son las partes.

No obstante, como el *a quo* advierte que debido a las varias reformas legales y a la resistencia de los operadores judiciales, muestra clara de lo cual es la contradictoria jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, se ha pervertido el modelo consensual, para rescatarlo y devolverle su verdadera identidad, hace una propuesta para estructurar una “teoría del debido proceso capitulario” autónoma e independiente del debido proceso contencioso, que

según el funcionario, son dos cosas bien diferentes y no se pueden regir por la misma principialística y axiología.

En pos de tal cometido, explica que aparte del control constitucional de las leyes, que lo hacen todos los jueces de la república, pero especialmente la Corte Constitucional; para el caso de la justicia penal, en virtud del artículo 13 del C.P. y 26 del C.P.P., se puede estructurar otro control, uno supralegal a cargo ya no del Tribunal Constitucional, sino solamente de los jueces de la jurisdicción ordinaria, incluida por supuesto la Corte Suprema de Justicia, y que en esencia tiene que ver con que todas las normas legales están supeditadas en su validez a los principios o normas rectoras establecidos tanto en el código penal como en el de procedimiento penal,

En ese orden de ideas, la sistematicidad, que es un rango esencial del ordenamiento jurídico colombiano, indicaría que en el mismo claramente se pueden diferenciar 3 tipos de normas que son subordinadas en orden ascendente así: regla legal, principio rector y Constitución Política.

Siendo esto de tal talante, frente a la Constitución lo que debe hacer todo operador jurídico al momento de resolver un caso concreto es un ejercicio de control de constitucionalidad para saber si la norma legal está acorde con las disposiciones de la Carta Política y si ello no es así, proceder de manera inmediata y directa a aplicar la excepción de inconstitucionalidad con base en el artículo 4 superior. El control en abstracto lo realiza la Corte Constitucional y en ese caso tiene efectos *erga omnes*.

No obstante, para el funcionario de primera instancia, con base en los ya citados artículos 13 penal y 26 procesal penal, se abre la posibilidad de un segundo control, diferente al constitucional, que permite darle coherencia al sistema jurídico y optimizar la justeza de las decisiones, en tanto tiene que

ver con la prevalencia que tienen los principios rectores sobre las demás normas. Desde esta perspectiva, el operado judicial al momento de resolver un caso ya no solo tiene que hacer un control constitucional sino otro frente a los principios rectores que rigen esta área del Derecho (tanto sustancial como procesal) y si encuentra que la regla legal no es compatible con la norma supralegal (norma rectora), debe hacer prevalecer esta a través de lo que él denomina como la excepción de principalidad.

Explica el *a quo*, que por regla general las normas que “se ajustan al test de constitucionalidad también se adecuan al de superioridad”, es decir, que las normas que son compatibles con la Constitución, también son compatibles con los principios rectores; pero habrá casos muy excepcionales en donde una norma a pesar de que sea armónica con la Constitución, sea ilegal por contravenir un principio rector. En este caso debe operar la excepción de principalidad para inaplicar dicha regla legal y decidir el caso con base en el principio rector. En otras palabras, el control de constitucionalidad y el de principalidad no solo pueden ser complementarios, habrá casos en que pueden llegar a ser contrarios.

Este excepcional caso se puede dar bien porque el principio general no tenga fundamento directo en normas constitucionales o bien porque su contenido sea más amplio que el propio contenido de aquellas, casos en los cuales el solo juicio de constitucionalidad resulta insuficiente para la solución adecuada y justa del caso en particular.

Con base en estos argumentos, trae la tesis de que los principios rectores consagrados en el artículo 8-L y en el 348 de la Ley 906 de 2004, que en esencia contienen la filosofía del debido proceso capitulario, no tienen fundamento constitucional directo como si lo tienen otras normas de su

especie como son los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 excepto el literal L, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23 etc.

Prosigue diciendo que el artículo 348, que es materialmente un principio así no esté ubicado en el sitio adecuado del código procesal, es, junto con el artículo 8-L idem, la base principal de la justicia consensual o negociada, la cual en esencia se caracteriza, de un lado, por una amplia flexibilidad frente al principio de legalidad debido a que los aquí protagonistas son las partes procesales, que no el juez, quien tiene un papel muy limitado, y, de otro, porque la renuncia al juicio oral por parte del procesado deba ser libre, consciente, informada y debidamente asesorada y que no se vulnere el principio de presunción de inocencia. Cualquier condicionamiento por fuera de los enunciados va en contravía de los principios rectores en cita y por tanto las normas que los contengan deben ser inaplicadas por ser ilegales, así se hayan declarado constitucionales.

El típico caso viene dado por el artículo 349 procesal, que si bien es cierto fue declarado constitucional mediante la sentencia C-059 de 2010, también lo es que como el mismo trae un condicionamiento totalmente ajeno a los previstos en los artículos 8-L y 348 tantas veces citados, deviene con un vicio supra legal y por tanto se debe hacer uso de la excepción de principalidad para inaplicarlo.

En efecto, para la primera instancia, el artículo 349 sin ninguna razonabilidad rompe con el deber ser del artículo 348 al introducir una condición en absoluto extraña al derecho que tiene el procesado de renunciar al juicio, cuando exige que para poder ejercer tal derecho debe reintegrar la mitad de lo indebidamente percibido con ocasión del delito y garantizar el pago de la otra mitad, sin que lo uno tenga que ver nada con lo otro; peor aun cuando para la indemnización de perjuicios las víctimas tienen otras herramientas

legales para garantizar su derecho a la reparación, como, por ejemplo, el incidente de reparación integral, el comiso, la extinción de dominio, las medidas cautelares de embargo y secuestro, etc.

De otra parte, es cierto que en determinados eventos el reintegro de lo ilícitamente apropiado puede ser tenido como una causal de menor punibilidad (art. 55-5-10 C.P.) o de aminoración de la pena (art. 269 idem), y que dicho criterio también debe ser tenido en cuenta para la fijación de la misma (arts. 267 y 268 C. P.); pero tales criterios jamás podrían incidir sobre la terminación anticipada del proceso por vía de la capitulación porque son dos cosas abiertamente diferentes. Si eso así se hace se termina sometiendo lo esencial (responsabilidad del acusado) a lo accesorio (reparación de las víctimas) y con ello se quiebra la principalística que se aplica a la justicia premial.

En ese orden de ideas, la discusión no es si la figura procesal de allanamiento a cargos es una de las especies de justicia premial, sino de la irracionalidad del artículo 349 frente al contenido del artículo 348, que lejos de armonizar con este, lo que hace es desajustarlo, haciendolo inoperante.

Para completar su argumentación, el juez de primera instancia asegura que ninguna de las normatividades procesales anteriores tuvieron la limitante que establece el multirreferido art. 349, que esta norma es regresiva y que no tiene ninguna justificación en el nuevo modelo de justicia penal.

Así las cosas, el juez plantea la excepción de principalidad para inaplicar el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, no por pugnar con la Carta Política, tal como se declaró en la sentencia C-059 de 2010, sino por ir en abierta contravía de la normas principales previstas en los artículos 8-L y 348 del mismo estatuto.

Es más, siendo coherente con su discurso y yendo mucho más allá, afirma que todas las normas que entorpecen o dificultan la operancia del debido proceso capitulario están afectadas por incoherencia sistémica y al ser incongruentes con la filosofía del proceso deben ser inaplicadas no por inconstitucionales sino por ilegalidad superior. Entre estas estarían el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, el artículo 199 del Código de la Infancia y la adolescencia, el párrafo único del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y el artículo 5 de la Ley 1761 de 2015.

Por último, en relación a la nueva posición asumida por la Sala de Casación Penal, en el sentido de que vuelve sobre su criterio de que los allanamientos a cargos también tienen el condicionamiento del artículo 349, asume que la jurisprudencia de las Cortes de Cierre en un sistema del *civil law*, como es el nuestro, es un criterio auxiliar y no fuente directa de Derecho, por lo cual su vinculatoriedad va en directa proporción con la solidez de sus argumentos y la consolidación de los mismos en el tiempo a través de la reiteración del precedente, cuestiones que en este caso en concreto brillan por su ausencia.

Como corolario de toda la anterior argumentación, para el caso concreto, el juez decidió inaplicar por excepción de principalidad el artículo 349 procesal y en ese sentido aprobar el allanamiento de la acusada sin exigirle el reintegro del 50% del valor del incremento patrimonial obtenido con los ilícitos endilgados ni que garantice el otro 50%, condenándola a una pena de 45 meses de prisión y concediéndole la suspensión de la ejecución de la pena contenida en el artículo 63 del C.P.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

4.1. Ministerio Público

Inconforme con la decisión de primera instancia el procurador judicial interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia por considerar que, siguiendo la nueva postura de la Sala de Casación Penal, no se podía avalar el allanamiento a cargos que hizo la procesada hasta tanto reintegrara cuando menos el 50% del incremento patrimonial que obtuvo producto del ilícito y que calculó en \$18.150.000, en clara aplicación del artículo 349 que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-059 de 2010.

Lo anterior por considerar, en primer lugar, que el derecho a renunciar a juicio debe interpretarse dentro de toda la sistemática de la Ley 906 de 2004 y no únicamente con referencia al artículo 348; en segundo lugar, que el artículo 349, plenamente vigente, aplica tanto a los casos de allanamiento a cargos como a los preacuerdos según sentencia con radicado 39831 del 27 de septiembre de 2017; en tercer lugar, que el artículo 348 no es un principio rector sino simplemente una norma que consagra unos fines del preacuerdo; en cuarto lugar, que el reintegro es diferente de la reparación y en quinto lugar, que el artículo 349 lo que busca no es tanto la reparación de la víctima cuanto evitar enriquecimientos ilícitos.

Así, considera errada la posición asumida por la primera instancia, en tanto con unas bases argumentativas algo oscuras, señaló que se apartaba del precedente judicial y continuaba asumiendo la tozuda posición jurídica que lo ha caracterizado en decisiones anteriores.

Advierte que bajo los argumentos expuestos no era posible la emisión de una sentencia condenatoria y por tanto solicita se revoque la misma con miras a

no aceptar el allanamiento a cargos hecho por la procesada hasta tanto no reintegre el 50% del incremento patrimonial obtenido con el delito.

Subsidiariamente solicitó que en caso de que no fueran acogidas sus consideraciones, procediera la Sala a redosificar la pena impuesta por la primera instancia aumentando la pena mínima (48 meses) en otra porción igual por los delitos concursales teniendo en cuenta la cantidad de hechos que se le endilgan a la procesada. Además, consideró que teniendo en cuenta que la mayor colaboración con la justicia no se obtuvo por parte de esta, en tanto no hizo señalamientos sobre otros responsables o vinculados a los hechos, la concesión de la rebaja por el allanamiento no debía ser del 50%, sino del 35%, lo que arrojaría una pena a imponer total de 62,4 meses de prisión en cuyo caso no sería procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

4.2. Representante de la víctima

El apoderado judicial de Davivienda señala que su inconformidad con la sentencia de primera instancia radica en la dosificación punitiva, pues considera que los 45 meses de prisión impuestos a la procesada resultan vulneratorios del principio de legalidad.

Señala que la sanción impuesta a la señora **Espinosa Arboleda** no resulta coherente a los postulados procesales, como quiera que no se compadece con una retribución justa, pues aunque para iniciar el proceso de tasación el fallador correctamente partió de la pena establecida para el delito de falsedad material en documento público agravado por el uso, lo cierto es que para la misma partió del mínimo allí establecido afirmando que no existían circunstancias de tiempo, modo y lugar que ameritaran una pena superior,

situación que no es cierta si se considera la cantidad de ilícitos cometidos por la señora **Lady Sarah**.

Advierte poco razonable que a la pena mínima establecida para el delito que consagra la mayor sanción le hubiera incrementado tan solo 42 meses de prisión por los restantes 111 delitos que se le endilgan y, peor aún, que le hubiese dado, por el allanamiento, una rebaja tan significativa como la otorgada, esto es el 50%.

Considera que la sanción impuesta no fue proporcional a la magnitud del daño causado, no retribuye justamente lo cometido, pues se trata de una persona que delinquiró durante 12 meses continuos, permanentemente, cooperando ilegalmente y desde la entidad bancaria que le proporcionaba su sustento, afectando seriamente el patrimonio de la misma, merece un mayor reproche penal.

Tampoco considera justo el hecho de haberle concedido el subrogado penal, porque ello significaría un total desentendimiento de la condena.

En consecuencia, solicita se acojan sus pretensiones y se revoque la sentencia de primera instancia y se aplique la pena que corresponda y se deniegue el subrogado.

5. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

5.1. Defensor

Se opone frente a las pretensiones del representante de víctimas en el recurso de alzada por considerar que la oposición de ese sujeto frente al

monto de la rebaja otorgada por el allanamiento y la tasación de la pena en general, debe estar revestido de una clara y firme argumentación que traduzca el perjuicio directo, real y específico, situación que no sucedió en este evento, en donde el apelante solo se encargó de hacer una redosificación punitiva bajo sus propias consideraciones sin señalar el yerro en que había incurrido el juez respecto a la legalidad que dijo verse afectada.

Señala que las consideraciones que hace el apoderado de víctimas en el presente recurso son propias del escenario de la audiencia de individualización de pena y sentencia, donde no los expuso y por ende carece de total legitimidad para recurrir.

Por su parte, respecto al recurso interpuesto por el procurador judicial, manifestó que ese interviniente procesal no tiene interés para recurrir por la potísima razón de que no asistió a la audiencia de aprobación del allanamiento donde debió interponer el recurso pertinente frente a la decisión del juez. Además, tampoco asistió a la individualización de pena y sentencia donde debía exponer los criterios para tasar la pena, y por ende no puede pretender revivir etapas fenecidas.

Además, considera que el aspecto por el cual está interponiendo el recurso el agente del Ministerio Público, esto es por no haberse dado aplicación al contenido del artículo 349 Procesal, es un asunto saldado, en tanto al momento de verificarse el allanamiento ni la Fiscalía ni el representante de las víctimas se opusieron al mismo, máxime que la postura que al respecto tiene la Corte Suprema de Justicia ha sido cambiante a lo largo del tiempo y por lo tanto no es de obligatoria acatamiento para el funcionario judicial.

Advierte que si en gracia de discusión, se echara mano de la última postura asumida por la Corte Suprema de Justicia, la misma no resulta aplicable al

caso en tanto el allanamiento a cargos se dio el 9 de octubre de 2017 y la noticia sobre ese criterio jurisprudencial se publicó el 13 de ese mes y año, en consecuencia, a la fecha no se conocía esa posición jurisprudencial.

Por lo expuesto solicita hacer caso omiso a las argumentaciones de los recurrentes y por ende dejar en firme la decisión de primera instancia.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por el representante de la víctima y el delegado del Ministerio Público en contra de la sentencia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problemas jurídicos a resolver en este caso:

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos.

Dados los planteamientos hechos en la sentencia de primera instancia, los reparos a esta por parte del Ministerio Público y del representante de víctimas y los contraargumentos presentados por la defensa, los problemas que se abordaran son los siguientes en su orden:

6.2.1 ¿El recurso interpuesto por el apoderado de la víctima reúnen el mínimo estándar argumentativo? ¿Tiene legitimidad la víctima para

impugnar una sentencia condenatoria, por el solo hecho de no estar acuerdo con el monto de pena impuesta y la concesión de un subrogado.

6.2.2. ¿Le asiste interés jurídico al agente del Ministerio Público para presentar el recurso de apelación, si se tiene en cuenta que el mismo no asistió a la audiencia de aprobación del allanamiento donde debió interponer el recurso pertinente frente a la decisión del juez y que, además, tampoco asistió a la audiencia de individualización de pena y sentencia donde debía exponer los criterios para tasar la pena?

6.2.3. ¿La Procuraduría tiene interés para apelar la sentencia, habida cuenta que al momento de aprobarse el allanamiento, ni la Fiscalía ni el representante de víctimas se opusieron al mismo?

6.2.4. ¿Qué tan obligatoria resulta una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que no representa un precedente consolidado y de la cual las partes al momento del allanamiento no estaban ni siquiera enteradas de su existencia por cuanto el allanamiento a cargos se dio el 9 de octubre de 2017 y la sentencia solo se publicitó hasta el día 13 de ese mes y año?

6.2.5. ¿Es jurídicamente admisible dejar de aplicar el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, declarado exequible por la Corte Constitucional, por resultar supuestamente contrario a la filosofía de la justicia premial contenida en principios rectores consagrados en los artículos 8-L y 348 de la misma obra?

6.2.6. ¿Violó el juez el principio de legalidad y proporcionalidad cuando fijó la pena y concedió el subrogado de la suspensión condicional de la pena a la procesada?

Planteadas así las cosas, lo procedente será entrar a analizar los 5 primeros problemas jurídicos propuestos, para, luego de ello, descender al análisis del caso en concreto y si es pertinente resolver el problema número 6:

6.2.1. ¿El recurso interpuesto por el apoderado de la víctima reúnen el mínimo estándar argumentativo? ¿Tiene legitimidad la víctima para impugnar una sentencia condenatoria, por el solo hecho de no estar acuerdo con el monto de pena impuesta y la concesión de un subrogado? ¿Tiene en este caso legitimidad la víctima para impugnar una sentencia condenatoria, en tanto no está de acuerdo con el monto de pena impuesta?

Efectivamente, considera la Sala que los reclamos del apoderado de la víctima -Davivienda- no fueron muy amplios ni se presentaron bajo una profunda argumentación jurídica sobre los motivos de su disenso; sin embargo, es claro que de su discurso sí se pueden extractar argumentos válidos de reproche de la providencia emitida por el juez, debiendo, en todo caso, garantizar el derecho de la doble instancia. Así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia:

“Todo lo anterior es válido en tratándose de la sistemática acusatoria implantada por la Ley 906 de 2004 que se aplica en este evento, en la que la carga procesal de argumentar inicialmente cambió de escenario, pues, con su entrada en vigencia se llevaba a cabo en la segunda instancia, pero con ocasión de la expedición de la Ley 1395 de 2010, ahora debe realizarse de frente al funcionario de primer grado, ante el cual el recurrente tiene el deber de exponer los fundamentos de su disenso, presentándose en esa sede un verdadero debate.

Y al efecto, precisa la Sala, no es que se reclame del impugnante una específica técnica o el seguimiento estricto de líneas argumentales, sino que, cuando menos, para que se entienda una verdadera controversia, al apelante le corre la obligación de señalar en concreto las razones del disenso con lo decidido, para cuyo efecto, huelga anotar, el objeto sobre el cual debe recaer su discurso no puede ser otro diferente a la providencia misma.

No sobra recordar, en este sentido, que independientemente de la mayor, menor o nula formación jurídica del apelante, lo exigido es establecer con claridad, a través de

la correspondiente exposición de premisas fácticas y jurídicas, una mejor solución a la planteada por el funcionario, o determinar el yerro en el que incurrió este.

El que se trate, el recurrente, de la víctima, no faculta pasar por alto tan precisas exigencias, ni mucho menos, otorga una especie de habilitación para que en segunda instancia –dentro de un supuesto principio de “caridad”, por completo ajeno a lo que las exigencias legales postulan-, el funcionario judicial aborde el conocimiento del asunto, como si se tratase de una suerte de consulta del fallo y no de la impugnación del mismo, entre otras razones, porque si se asume, digamos, de oficio, la tarea de verificar la integridad de lo decidido, ante la impropiedad o vaguedad de la crítica, no solo se vulnera de manera profunda el principio de imparcialidad, sino que se pasa por alto el de competencia, visto que precisamente la legitimidad del pronunciamiento del *ad quem*, viene dada por las razones del disenso y lo íntimamente ligado a ello.

Ello, para lo debatido, porque esa “caridad” pregonada por el Tribunal resulta por completo inoficiosa o innecesaria, dado que la víctima, se resalta, estaba acompañada de defensor idóneo, quien con sus conocimientos técnicos advirtió la impropiedad de la apelación.

Entonces, si en contra del consejo autorizado del profesional del derecho encargado de asistirle, la víctima estima necesario apelar, lo menos que puede exigírsele es que lo haga de manera clara y precisa, señalando el yerro de la decisión que controvierte, dado que ninguna desprotección puede pregonarse existir en su caso y para que, finalmente, la impugnación comporte un mínimo de seriedad y respeto a parámetros básicos. “¹

Dicho esto, respecto del segundo punto considera la Sala que resolver la censura que hace el defensor, así se trató solo del monto punitivo impuesta, es una cuestión totalmente válida y así lo ha expresado en reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia, quien precisó que la víctima, más allá de su pretensión económica, tiene interés en buscar además de la verdad, también la justicia dentro del proceso penal y por ende está legitimada para impugnar la sentencia condenatoria en punto de la dosificación de la pena cuando abogue por una pena mayor al advertir que la impuesta no consulta la proporcionalidad con el daño causado, lo que la convierte en una pena injusta.. Así lo indicó:

“En los anteriores términos, queda claro que si efectivamente hace parte de los derechos de las víctimas obtener justicia en el proceso penal para que al

¹ Sala de Casación Penal. Auto del 19 de octubre de 2011, Rad. 37.449. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

perpetrador del delito se le imponga una sanción condigna, adecuada, justa o seria, deviene indiscutible la posibilidad de promover impugnación cuando advierten que ello no se garantiza con la establecida.

Esta postura, por demás, es consonante con el despliegue que a los derechos de las víctimas ha dado esta Colegiatura en su más reciente jurisprudencia”².

Igualmente, esa misma Corporación señaló que la víctima también tiene interés para recurrir respecto a la forma de ejecución de la pena que se le impone al condenado³. Al respecto sostuvo:

“La jurisprudencia aludida permite advenir entonces que “el interés de la víctima ya no se encuentra circunscrito únicamente a conseguir la indemnización de perjuicios, pues también comprende el interés en lograr la justicia y la verdad. Lo primero, orientado a que la conducta delictiva no quede en la impunidad, se le imponga al responsable la condigna sanción **y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento**. Y lo segundo, para que se determine de manera precisa y exacta la forma como tuvieron ocurrencia los hechos”⁴ (negritas ajenas al texto), es decir, que la opinión de la víctima igualmente tiene injerencia en la concesión de mecanismos relacionados con la forma y términos de ejecución del respectivo castigo.

Esto último siempre y cuando, como lo tiene decantado esta Corporación, en el ejercicio de oposición por parte de la víctima al reconocimiento de los subrogados penales al procesado, demuestre aquélla la relación o nexo con sus derechos, esto es que “se le impone la obligación de acreditar el perjuicio concreto que tal determinación contrajo en el marco de sus derechos a la verdad y justicia”⁵.

6.2.2. ¿Le asiste interés jurídico al agente del Ministerio Público para presentar la apelación, si se tiene en cuenta que el mismo no asistió a la audiencia de aprobación del allanamiento donde debió interponer el recurso pertinente frente a la decisión del juez y que, además, tampoco asistió a la audiencia de individualización de pena y sentencia donde debía exponer los criterios para tasar la pena?

² Sentencia SP 16558-2015 Radicación N° 44840 del 02 de diciembre de 2015, M.P. José Luis Barceló Camacho.

³ La sentencia SP969-2018 con radicado número 46784

⁴ Cfr. CSJ. SP. 27 abr. 2011, rad. 34547.

⁵ Cfr. CSJ. SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad. 44840, dentro de la cual se citan, en lo pertinente las decisiones AP. 11 nov. 2009, rad. 32564; SP. 6 dic. 2012, rad. 36771; y SP, 14 oct. 2015, rad. 42388.

De cara a resolver dicho planteamiento resulta pertinente analizar la normatividad procesal que regía para el momento de comisión de los hechos investigados.

Al respecto debe advertirse que los hechos por los cuales se adelantó la investigación penal objeto del presente proceso, datan de los años 2013 y 2014 y constituyen los punibles de falsedad material en documento público agravada por el uso, falsedad en documento privado y concierto para delinquir, y, por ende, toda la ritualidad procesal por la que se tramitó el asunto, lo fue bajo la Ley 906 de 2004.

Esa Ley, en punto a la emisión y notificación de la sentencia e interposición de los recursos, prescribe lo siguiente:

“Artículo 162: **Requisitos comunes.** Las sentencias y los autos deberán cumplir con los siguientes requisitos:

...

7. Señalamiento del recuso que procede contra la decisión y la oportunidad de para interponerlo.”

“Artículo 176: **Recursos ordinarios.** ...

La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.”

“Artículo 177: **Efectos.** La apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

1. La sentencia condenatoria o absolutoria;

...”

“Artículo 179: **Trámite del recurso de apelación contra sentencias.** El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los

cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días.” (Negritas fuera de texto)

En cambio, la Ley 1826 de 2017 que creó el procedimiento abreviado para cierto tipo de delitos, en su artículo 22 trae su propia reglamentación acerca de la notificación de las sentencias y los términos para interponer el recurso de apelación, la cual difiere en mucho de lo prescrito en el procedimiento ordinario, por cuanto la publicidad de la sentencia ya no es oral sino por medio de traslado por escrito de tal decisión a las partes e intervinientes, quienes tienen 5 días para interponer el recurso:

Artículo 22. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 545, así: Artículo 545. Traslado de la sentencia e interposición de recursos. Anunciado el sentido del fallo el juez dará traslado inmediato para cumplir con el trámite previsto en el artículo 447 de este código. El juez contará con diez (10) días para proferir la sentencia y **correr traslado escrito de la misma a las partes. La sentencia se entenderá notificada con el traslado, para lo cual el juez citará a las partes a su despacho y hará entrega de la providencia.** En caso de no comparecer a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. **Surtidas las notificaciones las partes contarán con cinco (5) días para la presentación de los recursos que procedan contra la decisión de primera instancia.** Estos se presentarán por escrito y se tramitarán conforme a lo dispuesto por el procedimiento ordinario. (negritas fuera de texto)

Como se puede observar el procedimiento para dar publicidad a la sentencia y trámite al recurso que frente a la misma procede, está debida y cuidadosamente reglado de manera diferente en cada uno de los procedimientos en referencia, por lo que el juez de manera imperativa debe aplicarlos con estrictez dependiendo de si el caso se adelanta por el proceso ordinario o el abreviado, en aras de evitar vulneraciones a las formas propias del trámite procesal con incidencia en las garantías de las partes e intervinientes procesales.

En todo caso, es muy importante advertir que le está vedado al funcionario judicial cualquier combinación de dichos trámites procesales de acuerdo a lo establecido en el artículo 40 de la centenaria, pero plenamente vigente, Ley 153 de 1887 que prescribe que las normas procesales de mera rituación, al momento de su vigencia son de aplicación general e inmediata y rigen hacia el futuro, salvo los eventos en que los términos hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias hubiesen iniciado, caso en el que se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

La excepción a la anterior regla estaría fincada en las normas procesales con efectos sustanciales, es decir con incidencia real, directa e inmediata en derechos fundamentales, caso en el cual es posible hacer análisis de favorabilidad; pero este no es el caso en cuestión, ya que se está es en frente de normas que simplemente regulan la publicidad de las sentencias y los términos de interposición de recursos.

Visto lo anterior y descendiendo al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, ciertamente el juez de conocimiento adelantó todo el trámite procesal bajo la égida de la Ley 906 de 2004 como era lo debido; sin embargo, en la audiencia donde verificó la legalidad del allanamiento, anunció el sentido del fallo, llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y profirió la sentencia, indicó que para efectos de la notificación de dicha decisión y los términos para interponer recursos, en atención a una solicitud de la defensa, aplicaría el artículo 22 del procedimiento abreviado (Ley 1826 de 2016), con fundamento en lo cual no dio lectura integral de la sentencia sino que entregó copia escrita de la misma a los presentes a manera de traslado y, lo más grave, abrió ilegalmente un nuevo término de interposición de recursos porque el mismo ya no se limitó a la audiencia de lectura de fallo como lo prescriben de manera perentoria los artículos 447 y 179 de la Ley 906 de

2004, sino que lo prorrogó por un lapso de 5 días, al tenor de lo establecido en el referido artículo 22.

Esa extensión ilegal del término para interposición de los recursos que hizo el funcionario de primera instancia, resulta ser un despropósito de cara a lo prescrito en la Ley 906 de 2004 que establece que el recurso de apelación contra sentencias se debe interponer **dentro de la misma audiencia de lectura de fallo** y debe sustentarse en el mismo acto o, por escrito, dentro de los 5 días siguientes, pero jamás diferir su interposición a los 5 días posteriores al traslado por escrito de la sentencia.

La imposición procesal prescrita en los artículos 447 y 179 de la Ley 906 de 2004 era de irrestricto cumplimiento; pero el juez, sin razón valedera, combinó normas rituales del proceso ordinario con normas rituales del procedimiento abreviado que en esencia son incompatibles por la propia naturaleza de los procedimientos que regulan.

Esa combinación normativa que hizo el operador jurídico no era permitida bajo ninguna óptica, porque, como se señaló, al tratarse de normas procesales de mera rituación y sin ningún efecto sustancial, no había lugar a análisis de favorabilidad alguno, en tanto se entiende que este tipo de normas son neutras. Así lo ha considerado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“la ley 906 de 2004 es de naturaleza instrumental, normas a las que les corresponde la categoría de orden público, de obligatorio e inmediato acatamiento, como lo dispone el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir; y que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y

diligencias que ya estuvieren iniciadas, se registrarán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”⁶

Para la Sala, la directriz impartida por el juez no solo fue irregular, sino que la misma podría dar al traste con los recursos interpuestos, cuando menos, el del representante del Ministerio Público que no asistió a la audiencia donde el juez verificó el preacuerdo y emitió sentencia; pero que habilitado por ese Despacho, dentro del término judicial concedido, interpuso el recurso de apelación.

Esta precisa cuestión ha sido debatida álgidamente tanto en la Corte Constitucional como en la Suprema sin que se pueda decir que haya postura pacífica al respecto; sin embargo, esta última ha venido decantando su posición y acercándola a la primera bajo las siguientes subreglas: en general los errores secretariales en el conteo de términos no habilitan la modificación de los mismos, pues tal regulación es de orden procesal y de estricto cumplimiento para todos los intervinientes en el proceso; empero, la cuestión cambia cuando es el propio juez o tribunal quien de manera ilegal altera las condiciones de un acto procesal porque en ese caso por encima de la legalidad deben primar principios tan caros a la administración de justicia como la buena fe, la confianza legítima, el acceso a la justicia, la doble instancia y la justicia material.⁷

Vistas así las cosas, frente a esta irregular situación se presentan tres alternativas:

La primera, sería la de declarar la extemporaneidad del recurso, debido a la inasistencia del agente del Ministerio Público a la audiencia en donde era la

⁶ Auto radicado 40686 del 14 de febrero de 2013. Aparte también replicado de manera exacta en la providencia AHP4864 de 2018, radicado 64169 de la misma Corporación.

⁷ C.S.J. Auto AP122-2017, radicado No. 47474

única oportunidad que tenía para interponer los recursos de ley sino estaba de acuerdo con la decisión judicial, peor aún cuando sabía a ciencia cierta de la fecha y la hora del referido acto procesal, pues las mismas le fueron notificadas en estrados en la audiencia anterior.

Esta posibilidad la asumió la Corte en el auto AP122-2017, radicado No. 47474, en donde la cuestión fáctica es muy similar; sin embargo, a criterio de la Sala, esta alternativa resulta también problemática porque no se puede olvidar que es el propio juez de la causa, quien de manera expresa decidió conceder el término de 5 días para interponer el recurso, decisión que si bien es cierto es irregular, también lo es que la misma estaba recubierta por la presunción de legalidad y por el principio de confianza legítima. Desconocer esto implicaría, a modo de ver de la Sala, una clara afrenta no solo al principio antes enunciado sino también a los de acceso a la justicia, justicia material, doble instancia, la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, debido proceso, entre otros. O simplemente cargarle a la parte procesal el yerro estatal, lo que resulta inadmisble.

Y es que frente a esta precisa cuestión, también la Sala de Casación penal ha dicho lo siguiente:

No obstante, con manifiesto desconocimiento de la ley vigente al tiempo de notificar el fallo de segunda instancia y cuando habría transcurrido un período más que razonable desde que la modificación legislativa entró a regir, el Tribunal señaló un término superior al legal –derogado- para interponer el recurso de casación.

Dicho defecto procedimental generó una expectativa cierta para las partes e intervinientes, quienes inducidos en error por el contenido equivocado de la decisión judicial, se vieron habilitados para presentar la demanda en los términos establecidos en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo, es decir, en el período de sesenta (60) días a partir de la notificación del mismo, cuando se insiste, aquél solo era de cinco (5 días).

El principio de confianza legítima que se deriva de los postulados de buena fe - artículo 83 Superior- y seguridad jurídica, garantiza al particular el derecho a conservar una expectativa razonable sobre el sentido de los actos y decisiones de la administración, lo cual lo salvaguarda de ser sorprendido por cambios intempestivos o abruptos respecto a la misma situación.

La protección de esta garantía se erige como pilar fundamental dentro del Estado social y democrático de derecho en la medida que habilita al administrado para confiar en que la respuesta ofrecida por la administración a sus reclamos será equivalente a la que haya adoptado en forma precedente, con la obvia salvedad relativa al cambio de legislación respecto de la cual no cabe invocar el aludido axioma.

Ahora, los actos jurisdiccionales no están exentos de generar confianza legítima en los usuarios del servicio de justicia y ante la constatación de un error judicial que genere una expectativa **razonable** en el destinatario de la decisión, la Corte Constitucional ha sido constante en señalar la imposibilidad de trasladar las consecuencias del defecto, así como en predicar la necesidad de asumir la responsabilidad de los actos propios de la administración de justicia⁸.

Esta postura, no del todo pacífica en el seno de la jurisdicción ordinaria, fue acogida en auto del 23 de marzo de 2010 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicación 32.792, oportunidad en la que se precisó la inviabilidad de atribuir al administrado los efectos negativos de los errores cometidos en punto de notificaciones judiciales.

(...)

Similar razonamiento al que mereció la protección de la confianza legítima en eventos de notificaciones y traslados obligatorios, cabe edificar en el caso concreto en el sentido de aplicar dicho axioma frente al indebido señalamiento del término para incoar la impugnación extraordinaria, en la medida que fue la Magistrada Ponente investida de su calidad de autoridad judicial la que expresamente formó en las partes interesadas la convicción legítima y razonable acerca del plazo para recurrir en casación.

(...)

Ahora, a manera de conclusión, resulta trascendente afirmar que el término de ley, lo es por disposición del legislador y a él nos debemos atener; no obstante, los eventos citados y analizados permiten afianzar otra óptica que, sin derogar o desobedecer el ordenamiento jurídico penal, permite a la luz de la Constitución

⁸ Sobre el particular ver entre otras, sentencias T-538 de 1994 y T-744 de 2005.

Política ponderar el principio de legalidad frente otros principios y derechos en juego como el acceso a la justicia, la buena fe –que se presume-, la lealtad procesal, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y, el derecho de defensa para establecer a cuál corresponde ceder en el caso concreto. Ello, bajo el marco y aplicación del principio de confianza legítima.⁹

Es cierto, como se ha señalado, que parte de culpa la tuvo el procurador por no asistir a la audiencia; pero como el funcionario judicial habilitó un término judicial adicional para interponer el recurso y este interviniente procesal hizo uso del mismo, resultaría muy cuestionable que en segunda instancia, de manera unilateral se lo desconozca por todo lo ya dicho. En conclusión, esta posibilidad se desecha.

La segunda alternativa de conformidad con el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, sería anular el procedimiento de notificación de la sentencia y los consecuentes términos procesales para la interposición de recursos con miras a preservar la indemnidad de la estructura sustancial del proceso y con ello ordenar al funcionario judicial reconducir el cause procesal por las vías del procedimiento ordinario (arts. 179 y 447 idem) para que las partes tengan el derecho, si así lo quieren, de interponer el recurso de apelación en la oportunidad procesal debida; no obstante, atendiendo a los principios de trascendencia y efecto útil de las nulidades, aunado a la economía procesal que debe regir el sistema, considera la Sala que esta tampoco resulta ser la opción más acertada y eficaz, pues lo único que haría sería postergar en el tiempo una decisión por parte de esta Corporación, si se tiene en cuenta que el apoderado de la víctima sí sustentó el recurso de apelación en el acto de la audiencia. Así las cosas, también se desecha esta alternativa por parte de la Sala.

⁹CSJ AP 16 de marzo 2011, rad. 35456. En idéntico sentido CSJ AP 2 de mayo 2011, rad. 35807

La tercera opción, que es la que se acogerá, es, en aras del principio de confianza legítima que revisten las relaciones de los particulares con el Estado, se puede convalidar la irregularidad procesal creada por el juez de primera instancia para dar paso a la resolución de fondo del extemporáneo recurso interpuesto por el Ministerio Público tal como la Corte lo hizo en los autos CSJ AP 16 de marzo 2011, rad. 35456 y CSJ AP 2 de mayo 2011, rad. 35807; porque en todo caso el error partió del juez y se reflejó en una decisión judicial ilegal, pues por más que se hubiera presentado inasistencia injustificada a la audiencia por parte del procurador que intervenía en el proceso; es lo cierto que nada de esto hubiera sucedido si no fuera por el desconocimiento del funcionario judicial director de la audiencia. Por esto la Sala acogerá esta opción y optará por garantizar los principios de confianza legítima, economía procesal y acceso a la justicia y conocerá el recurso de fondo, por ser la solución que más consulta las garantías de todas las partes e intervinientes procesales.

6.2.3. ¿La Procuraduría tiene interés para apelar, habida cuenta que al momento de aprobarse el allanamiento, ni la Fiscalía ni el representante de víctimas se opusieron al mismo?

La respuesta a este interrogante no reviste mayor dificultad, como quiera que legalmente el delegado de la Procuraduría como representante de la sociedad, es un interviniente procesal facultado para apelar las sentencias proferidas por los jueces de conocimiento en iguales condiciones que lo hace la Fiscalía, defensa y representante de las víctimas, pues el artículo 111 del C.P.P. le otorga al representante del Ministerio Público ciertas facultades, entre esas la de solicitar condena o absolución dentro del proceso penal, luego entonces, es apenas lógico que pueda recurrir la sentencia proferida en virtud del mismo.

El hecho de que en el presente evento, las partes (Fiscalía y defensa) y el representante de la víctima, no se hubieran opuesto al acto unilateral de la procesada de allanarse a los cargos, no mina, ni veta la posibilidad con que cuentan el Ministerio Público de impugnar el fallo condenatorio que se profirió en virtud de esa aceptación de cargos, pues su facultad no está condicionada ni a la apelación que del respectivo fallo presenten las demás partes, ni a la oposición que hagan de los allanamientos y preacuerdos.

Así las cosas, si bien el delegado de la Procuraduría es un interviniente y no una parte procesal, es lo cierto que el legislador le ha otorgado amplias facultades dentro del proceso penal y en razón de ello es que es perfectamente válido y legal que el Ministerio Público presentara la apelación del caso.

Estas razones son más que suficientes para que la solicitud hecha por el defensor en calidad de sujeto no recurrente, sea despachada de manera desfavorable.

6.2.4. ¿Qué tan obligatoria resulta una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que no representa un precedente consolidado y de la cual las partes al momento del allanamiento no estaban ni siquiera enteradas de su existencia por cuanto el allanamiento a cargos se dio el 9 de octubre de 2017 y la sentencia solo se publicitó hasta el día 13 de ese mes y año?

Para resolver el presente planteamiento, lo primero que debe aclarar la Sala es que incurre el defensor de la procesada en una falacia argumentativa cuando señala que la providencia de la Corte Suprema de Justicia que regula el asunto en cuestión fue publicitada posteriormente al acto unilateral de

aceptación de cargos de **Lady Sarah Espinosa Arboleda**; cuando ello no es cierto, pues claro está que el allanamiento a cargos de la acusada se hizo el día 9 de octubre de 2017 y la sentencia de la Corte a que se hace referencia se profirió el día 27 de septiembre de 2017. Cuestión diferente es la divulgación de la misma a la comunidad jurídica, aspecto intrascendente frente a su vinculatoriedad, más aún, cuando debe decirse que la postura que ahora asume la Corte frente a las exigencias del artículo 349 procesal, no es nueva porque tiempo atrás también ya la sostuvo.

De todas maneras como es claro que el precedente jurisprudencial aplicable al caso en concreto sí estaba vigente para el momento en que se dio la aceptación de los cargos por parte de la procesada, considera conveniente la Sala citar una sentencia de constitucionalidad donde se analiza la obligatoriedad de acatamiento de la jurisprudencia emanda de la Corte Suprema de Justicia, por parte de los jueces de la República. Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001:

“16. La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales. Esta doble finalidad constitucional de la actividad judicial determina *cuándo* puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción. A su vez, la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia determina la *forma* como los jueces deben manifestar la decisión de apartarse de las decisiones de la Corte Suprema como juez de casación.

17. En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1º y 3º).

18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla

jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales.

19. Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismo supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.

20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua confrontación y adecuación a la realidad social** y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “*plus*” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.”

Como se puede observar, entonces, la jurisprudencia emanada de las Cortes de Cierre si son vinculantes para los demás operadores jurídicos. Ciertamente hay varias excepciones a la regla, pero en cada caso el juez deberá argumentar en debida forma las razones por las cuales se aparta del precedente para con ello preservar caros principios de nuestro modelo de

justicia como son los de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y autonomía judicial.

Para el caso en cuestión si se tiene en cuenta que la sentencia que varió la línea jurisprudencial respecto de las condiciones de aplicación del artículo 349 procesal fue anterior al allanamiento a cargos que hizo la señora Espinoza Arboleda, no hay duda alguna que tal nuevo precedente jurisprudencial la cobijaba y por tanto todos los operadores jurídicos quedaban vinculados a él, lo que no significa que el juez de garantías o el de la causa no pudieran apartarse del mismo, siempre y cuando asumieran una fuerte carga argumentativa para ello, lo que ninguno de ellos hizo tal como se verá más adelante

6.2.5. ¿Es jurídicamente admisible dejar de aplicar el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, declarado exequible por la Corte Constitucional, por resultar supuestamente contrario a la filosofía de la justicia premial contenida en principios rectores consagrados en los artículos 8-L y 348 de la misma obra?

Es cierto que existen diferencias sustanciales entre la justicia premial y la contenciosa, como quiera que tienen ritualidades y consecuencias punitivas harto diferentes, pues la primera está sometida a un procedimiento muy abreviado, debido a la renuncia por parte del procesado al juicio oral, y las penas que emergen de su aplicación son sustancialmente más benévolas que en la justicia contenciosa, precisamente debido a la colaboración que prestan los acusados a la Administración de Justicia, a través de los allanamientos a cargos o preacuerdos, para finiquitar prontamente el proceso.

No obstante lo anterior, ello no implica que los dos procesos, el consensual y el contencioso, sean en un todo diferentes y que se rijan por principios y valores diversos y hasta contrarios, porque los dos al ser partes de un solo modelo de justicia, la ordinaria, comparten en mucho la principalística y la axiología que lo irradian.

En los dos sistemas, por ejemplo, el respeto irrestricto a garantías y derechos fundamentales para las partes e intervinientes es un derrotero insoslayable: la dignidad humana y los demás derechos fundamentales (art. 1, 10, 14 C.P.P.), la libertad del procesado como regla general (art. 2 idem), la igualdad (art. 4 idem), la imparcialidad (art. 5), el principio de legalidad (art. 6), la favorabilidad (art. 6) la presunción de inocencia (art. 7), el derecho de defensa material y técnica (art. 8), la publicidad (art. 18), el juez natural (art. 19), la cosa juzgada (art. 21), el restablecimiento del derecho y/o la reparación de víctimas (art. 22) la cláusula de exclusión probatoria (art. 23), la prevalencia de las normas rectoras (art. 25) y los moduladores de la actividad procesal (art. 27), entre otros.

Vistas así las cosas, es claro concluir que son más las similitudes entre los dos procesos que sus diferencias, si se tiene en cuenta, además, que tanto el proceso contencioso como el consensuado son herramientas de control social, que tienen entre sus fines declarados proteger los bienes jurídicos más caros a la sociedad a través de la sanción, generalmente cárcel, a los transgresores de la ley o la solución del conflicto mediante la utilización de herramientas de justicia restaurativa¹⁰

¿En qué radica, entonces, la diferencia entre estos dos modelos? Simple: a pesar de que tanto en el sistema de justicia negociada como en el de justicia contenciosa se deben respetar en mayor o menor medida los principios antes

¹⁰ Ley 906 de 2004, arts. 518 y siguientes

enunciados, el contraste sustancial está en la posición que asume el procesado: en la justicia contenciosa se parte de una asunción de inocencia de parte del acusado, la cual lo acompañará durante todo el juicio, lo que implica que la parte acusadora tiene la carga de derruir probatoriamente tal estado más allá de cualquier duda razonable, por lo que todas las garantías procesales antes enunciadas, y otras más, se deben efectivizar al máximo.

En cambio, en el modelo consensual, se parte de la aceptación de responsabilidad por parte del procesado, aceptación que puede ser unilateral e incondicionada (allanamiento a cargos) o bilateral (preacuerdos o negociaciones). Ese hecho permite flexibilizar algunas garantías procesales para lograr el fin propuesto, que no sería otro que el de agilizar la respuesta punitiva del Estado frente a la transgresión de la ley.

Ciertamente en este segundo sistema algunas garantías y principios se relativizan para permitir las negociaciones, por lo que es posible que a raíz de una aceptación unilateral de cargos se obtenga una rebaja de pena¹¹ o que mediante acuerdo entre la parte acusadora y la acusada, esta acepte su responsabilidad en el hecho endilgado a cambio de que aquella elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras disminuir la pena¹².

Como resulta evidente, en estos casos existe *prima facie* la flexibilización, más no la anulación --quede claro--, de por lo menos dos principios: de un lado, el de presunción de inocencia, porque para condenar no se requiere plena prueba de la materialidad del delito y de la responsabilidad del procesado, sino solo de una mínima y sumaria sobre estas cuestiones, y, de

¹¹ Arts. 351, 356, y 367 de la Ley 906 de 2004

¹² Art. 350 *idem*

otro, el de legalidad, como quiera que se puede pactar beneficios asociados a una tipificación más benigna, que ciertamente puede contrariar parcialmente la realidad de los hechos, o una pena menos severa en términos de cantidad o calidad (ejecutabilidad), siempre y cuando lo uno o lo otro no desborde unos mínimos legales¹³.

Sin que la Sala se adentre en la discusión sobre la naturaleza jurídica de los principios, la cual es bien álgida tanto en la doctrina¹⁴ como en la jurisprudencia, partiremos de la premisa de que los artículos 8-L y 348 procesales son principios rectores de la justicia premial, aunque no los únicos como se acaba de ver; si se tiene en cuenta su amplio espectro de aplicación, su carácter programático o de directriz, o bien por considerárseles mandatos de optimización. Se evita el debate señalado porque como se verá más adelante, el mismo no es necesario para resolver el problema jurídico aquí planteado.

El literal L del artículo 8 procesal prescribe que para que la aceptación de responsabilidad -unilateral o bilateral- sea válida, la misma debe ser libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con plena asistencia y asesoría del procesado por parte de un abogado.

Por su parte, el artículo 348 como norma programática que es, relaciona cinco fines específicos que se deben tener en cuenta al momento de adelantar un proceso de justicia consensual. Estos son:

¹³ Cfr. CSJ. Rads 42184 del 15 de octubre de 2014, 40871 de 2014, 31531 del 8 de agosto de 2009, 31280 del 8 de agosto de 2009 y Corte Constitucional, Rads. C-059 de 2010, C- 1260 de 2005

¹⁴ Para una aproximación al debate: Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa* (5); Atienza, M. & Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, (10); Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel y Hart, H. (1990). *El concepto de derecho*. G. Carrió (trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

1.) Toda negociación debe tener como finalidad la humanización del proceso, bajo el entendido que tanto los procesados como las víctimas, son personas inmersas en medio de una gran tragedia. Los unos por estar ante la posible privación de su libertad y la estigmatización social, entre otras muchas cosas, y las otras porque injustamente se han visto afectadas, de manera directa o indirecta en sus derechos.

2.) El gran objetivo de la justicia premial debe ser la obtención de pronta y cumplida justicia, en consideración al triste, pero real apotegma de que justicia tardía ya no es justicia.

3.) La justicia premial, en un modelo democrático como el nuestro, debe dentro de lo posible buscar la participación de todos los involucrados en el conflicto penal; esto es, los procesados y las víctimas, en la solución del conflicto, para que la respuesta estatal obtenida sea lo más legítima y adecuada posible.¹⁵

4.) Como quiera que el delito, en la mayoría de las veces, se traduce en la violación o vulneración del derecho de personas, la reparación de las víctimas tiene que ser uno de los objetivos principales a tener en cuenta si se quiere solucionar de verdad el conflicto.¹⁶

5.) La finalidad si es agilizar el proceso; pero con el sumo cuidado de no desprestigiar a la Administración de Justicia y evitar su cuestionamiento, para lo cual los fiscales deberán seguir con estrictez las Directivas del Fiscal General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal.

¹⁵ Cfr. Sentencia C-516 de 2007

¹⁶ Cfr. Sentencias C-228 de 2002 y C-209 de 2007

En conclusión, las notas características de un modelo de justicia premial son: primero: la brevedad del proceso por la renuncia al juicio por parte del acusado; segundo, que dicha renuncia es libre, consciente, informada y debidamente asesorada; tercero, se flexibiliza esencialmente los principios de presunción de inocencia y de legalidad y cuarto, se deben tener en cuenta las finalidades establecidas en el artículo 348, como son la humanización del proceso, intervención de los involucrados en la solución del conflicto, reparación de las víctimas y el celo por el aprestigiamiento de la Administración de justicia.

Esos son los rasgos esenciales y distintivos del modelo de justicia consensual que diseñó el legislador; pero ello de ninguna manera puede indicar que sean los únicos estándares por lo que se rige este modelo de justicia; porque, tal como ya se señaló, este también se nutre de muchos principios del proceso contencioso con tal de que no sean incompatibles con su estructura, naturaleza y teleología. Ahí en esencia está descrito el debido proceso para este proceso abreviado.

Si esto es así, resulta evidente, entonces, que el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 no contraviene de ninguna manera la filosofía ni la principialística de la justicia premial ni menos va en contravía de los principios rectores contenidos en los artículos 8-L y 348 del mismo estatuto, como se analizará a continuación:

El citado artículo 349, tal como se dejó lo suficientemente aclarado en la sentencia C-059 de 2010 que lo declaró exequible, no es una norma que haya sido creada directamente para lograr la reparación de las víctimas, sino que fue producto de una estrategia de política criminal dirigida a evitar que a través de la justicia consensual quienes se hayan lucrado económicamente de

un delito, se beneficien con importantes rebajas de pena sin haber devuelto lo ilícitamente obtenido.

Esto antes que violentar este sistema de justicia penal o ir en contra de sus postulados básicos lo que hace es materializar un principio general del derecho consistente en que el delito nunca puede ser fuente de derechos y obligaciones que en nuestra Carta Política viene inserto en los artículos 2 y 58. Claro, si se permite que una persona que obtuvo un incremento patrimonial a raíz de la comisión de un ilícito obtenga sustanciales rebajas de pena sin devolver el patrimonio ilícito conseguido, lo que estaría haciendo es patrocinar al delito como fuente de enriquecimiento lo cual es un despropósito desde cualquier punto de vista.

Es cierto que rasgos importantes de la justicia premial se encuentran en los citados artículos 8-L y 348; pero de ninguna manera se puede decir que estas dos normas sean los únicos principios que irradian este modelo, tal como ya se advirtió, porque son muchas las normas, tanto de orden legal como constitucional, que lo nutren. Por tanto, el artículo 349 no puede ser interpretado de manera aislada ni solo en referencia a las dos normas principales antes referidas, sino que tiene que verse como otro más de los instrumentos de política criminal insertos en la justicia negociada, justicia que por sumaria y breve que aparezca no puede dejar de lado la mayoría de principios que rigen a toda la justicia ordinaria como son, por ejemplo, la prevención general y especial de la pena, la protección de bienes jurídicos, la salvaguarda de las garantías de todos los intervinientes en el proceso, el principio de necesidad y proporcionalidad de la pena, la reparación del daño a la víctima, la verdad, la justicia material y el citado principio de que el delito nunca puede ser fuente de enriquecimiento.

Pero si en gracia de discusión se partiera del hecho de que los artículos 8-L y 348 son por excelencia los referentes axiológicos y principales de la justicia negociada, tampoco esto afectaría la validez del artículo 349, de un lado, porque no entra en contradicción ni siquiera aparente con los contenidos de aquellas normas¹⁷ y por el contrario afianza varias finalidades del artículo 348: promueve una justicia más justa al evitar enriquecimientos ilícitos lo cual implica a su vez la evitación del desprestigio de la Administración de Justicia y garantiza eventualmente, así sea de manera indirecta, la reparación del daño a las víctimas.

Por último, es muy importante resaltar el hecho de que para la Corte Constitucional el legislador está plenamente facultado para restringir o incluso prohibir la celebración de preacuerdos en determinadas circunstancias¹⁸, máxime cuando haya razones de orden principal y constitucional, como pasa claramente con el artículo 349, que no es otra que una talanquera para el enriquecimiento ilícito del infractor de la ley penal que ha usado el delito como vía para obtener incrementos patrimoniales.

Es cierto que esto es una traba para la justicia negociada, eso es indudable; pero es una traba legítima que cumple fines legales y constitucionales, tal como se acaba de ver. La justicia consensuada es muy importante para la solución pronta de los conflictos penales y la descongestión de los Despachos judiciales, además de otra serie de beneficios; pero eso no significa que por cumplir tales cometidos se deje de lado o, peor aún, se contravenga la esencia o la razón de ser de la justicia en un Estado Social y Constitucional de Derecho. No se puede olvidar que la justicia consensual es una parte de todo

¹⁷ La primera de las normas simplemente tiene que ver con las condiciones en que resulta válida una aceptación anticipada de responsabilidad del procesado y la segunda con algunas finalidades de la justicia negociada como son la humanización del proceso, una pronta y cumplida justicia, la participación de los involucrados en la solución del conflicto y el aprestigiamiento de la Administración de Justicia

¹⁸ C-059 de 2010, pag. 38

el engranaje del sistema justicia y por tanto no puede resultar disfuncional a él.

En ese orden de ideas, resulta inadmisibile dejar de aplicar el artículo 349 procesal, con base en el artículo 26, por cuanto este no contraviene sino, por el contrario, promociona los contenidos del artículo 348.

La pregunta que viene a continuación es la siguiente: ¿el condicionamiento del multicitado artículo 349 solo es para los preacuerdos, como se podría deducir de la interpretación literal de su texto, o incluye también los allanamientos?

Tal norma establece que en aquellos eventos en los que con la comisión de la conducta punible se obtenga un incremento patrimonial, será necesario que el procesado reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido. La norma en cita reza:

“Artículo 349. Imprudencia 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.”

Respecto de la aplicación de esta regla no solo a los acuerdos sino también a los allanamientos, la Corte Suprema de Justicia ha tenido una cambiante posición, pues en un principio al considerar que las dos figuras hacían parte de un mismo conjunto y por tanto compartían rasgos comunes estableció que la limitante del art. 349 se aplicaba por igual a los dos mecanismos¹⁹,

¹⁹ Radicados 21954 y 21.347

pero luego al asumir que eran institutos procesales disimiles, concluyó, con una interpretación exegética de la norma, que la referida condicionante solo era predicable para los acuerdos²⁰.

No obstante, con posterioridad tal criterio se varió nuevamente y fue en la sentencia con radicado número 39.381 de 2017²¹ donde la Corte volvió a su postura anterior al considerar que no podía darse diferencia entre allanamiento a cargos y preacuerdos para efectos de la exigencia del reintegro del 50% del incremento patrimonial percibido con el delito, como presupuesto de aceptación del mismo, pues la razón de ser de ese reintegro era otro.

El análisis de la esa Corporación se dio de la siguiente manera:

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

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

²⁰ Radicados 25.306, 31.063, 34829, 36502, 40.174

²¹ Sentencia SP14496-2017

En este sentido la Corte recoge la tesis contraria hasta ahora sostenida y reiterada a partir del pronunciamiento proferido por decisión de mayoría CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306, y ratifica la sentada primigeniamente (cfr. CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954 y CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347) con todas las consecuencias que de ella se derivan (CSJ SP 4 May 2006, Rad. 24531 y CSJ SP 23 May 2006, Rad. 25300).

En tal medida, a partir de ahora, de nuevo, conforme se precisó por la Corte (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347), ha de entenderse que

“«...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 punible».”

Como quiera que esta última interpretación es la que más se aviene a todo nuestro sistema de justicia, pues no patrocina enriquecimientos ilícitos y por el contrario promueve los valores justicia, equidad y los principios de proporcionalidad y reparación, esta Sala acoge la última postura de la Corte, en consecuencia, el artículo 349 será aplicable tanto a los preacuerdos como a los allanamientos a cargos.

6.3. Análisis del caso concreto

En las presentes diligencias a la señora **Lady Sarah Espinosa Arboleda** se le formuló imputación el 9 de octubre de 2017, acto en el que se le comunicó su vinculación a la investigación penal por los punibles de falsedad material en

documento público agravado por el uso en concurso homogéneo (28 eventos), falsedad material en documento privado en concurso homogéneo (83 casos) y concierto para delinquir, señalándosele las penas máximas y mínimas establecidas legalmente para cada uno de estos punibles y la presunción de inocencia de la que estaba revestida. También se le advirtió que de aceptar los cargos en ese momento, se le otorgaría una rebaja de hasta un 50% sobre la pena total a imponer, la cual determinaría el juez de conocimiento luego de elegir la pena más alta consagrada a los delitos descritos. Así mismo se le informó que una ventaja que comportaba el hecho de allanarse a los cargos era que no tenía que reintegrar el 50% del incremento patrimonial percibido, como si debía suceder si decidía posteriormente preacordar²². La dama consciente de la información recibida y debidamente asesorada decidió allanarse a cargos, con la anuencia del juez de control de garantías que nada dijo al respecto, a pesar de que la sentencia 39831 de 2017 ya se había proferido.

El delegado del Ente Acusador presentó escrito de acusación con allanamiento a cargos y en audiencia celebrada 10 de abril de 2018, la Fiscalía tuvo la oportunidad de verbalizar los cargos y el allanamiento que la procesada había hecho para que el juez verifique el mismo; no obstante como hubo oposición a ello por parte del agente del Ministerio Público en tanto no se estaba dando cumplimiento a lo condicionado en el artículo 349, el juez decidió suspender la audiencia para estudiar el caso y darle la oportunidad a la víctima para que comparezca, ya que en esa audiencia no lo había hecho.

El 18 de junio siguiente se reanudó la audiencia en la cual se le dio la palabra al representante de la víctima quien afirmó no oponerse al allanamiento, por lo que el Despacho procedió a aprobar el mismo emitiendo sentido de fallo

²² Ver record 53:38 de la audiencia de imputación

condenatorio y les dio la palabra a las partes e intervinientes, salvo al agente de Procuraduría que no asistió, para que se pronuncien sobre los aspectos del artículo 447 procesal. Concluido esto ordenó un receso de 20 minutos y a continuación, con base en el artículo 22 de la Ley 1826 de 2017, el juez dio lectura parcial de la sentencia (identificación de la procesada, los hechos y la parte resolutive) y por secretaría hizo entrega a las partes e intervinientes del documento completo de la decisión judicial.

El *a quo*, a pesar de la advertencia que en audiencia anterior había hecho el agente del Ministerio Público, en el sentido de que en este caso, por la nueva postura asumida por la Sala de Casación Penal, se debía aplicar la condición del artículo 349 procesal, decidió aprobar el allanamiento a cargos hecho por la señora **Espinosa Arboleda**, sin exigir el reintegro del 50% de lo ilícitamente apropiado y garantía de pago del otro 50%, básicamente asido del argumento de que como la norma en cita contraviene la filosofía de la justicia consensual y el contenido de los artículo 8-L y 348 de la misma obra es admisible no aplicarla al caso haciendo uso de lo que él denominó como excepción de principalidad.

Para esto hizo toda un exordio acerca de la crisis de la justicia premial en razón de las ya varias reformas procesales, que han invertido las cosas al punto de que este modelo de justicia ya no es la regla en Colombia sino la excepción.

Luego buscó demostrar que la justicia consensual es absolutamente diferente de la contenciosa y por tanto se rigen por principios y valores diferentes, por lo que resulta un sinsentido pretender entender, comprender e interpretar aquella con los principios de esta que es como se viene haciendo en nuestro país.

Entonces, para rescatar el modelo de justicia premial propuso una teoría autónoma e independiente de su propio debido proceso que en esencia debe emanar exclusivamente de los contenidos de los artículos 8-L y 348, la cual se debe diferenciar en un todo del debido proceso contencioso.

Partiendo de esto, asumió ahora que los principios son normas infraconstitucionales; pero supralegales, lo cual significa que están ciertamente bajo la subordinación de las normas de la Carta Política; pero que son superiores en jerarquía a las normas ordinarias o reglas.

Esto implica que en Colombia hay dos tipos de controles: uno constitucional que tiene como referente a la Constitución y otro principal cuyo referente son los principios rectores, tal como claramente lo establecen en materia penal el artículo 13 del C.P. y el 26 del C.P.P. Tanto el uno como el otro indican que en caso de contrariedad entre las normas ordinarias y la Constitución o los principios rectores, deben prevalecer en su caso, estos dos últimos.

Según el juez *a quo* la regla es que coincidan el control de constitucionalidad con el control de principalidad, si se tiene en cuenta que se trata de un sistema; sin embargo, explica, que habrá ocasiones en que estos dos controles no sean complementarios, sino incluso contrarios, en razón de que o bien el principio no tiene fundamento directo en normas constitucionales o su contenido es más amplio que el de estas.

Que este es el típico caso del artículo 348 procesal que es una norma principal que informa o irradia todo el sistema de justicia premial, pero que no tiene fundamento directo en ninguna norma constitucional.

Por eso en este caso, el control constitucional y el principal no van a coincidir, pues a pesar de que el artículo 349 procesal fue declarado constitucional (sentencia C-059 de 2010), es dable inaplicarlo en este caso (excepción de principalidad) porque tal norma si contraviene de manera abierta los postulados consagrados en los principios rectores previstos en el artículo 8-L, pero especialmente en el artículo 348, con base en los cuales se entiende que la justicia premial se rige por reglas de la máxima flexibilidad frente al principio de legalidad por cuanto en él los protagonistas son realmente las partes y no el juez.

Por tanto, condicionamientos como el previsto en el artículo 349 que tienen que ver más con la reparación de las víctimas, resultan extraños al modelo consensual y por lo tanto su introducción pervierte la filosofía del mismo.

Se habrá de comenzar diciendo que esta Sala comparte en un todo la preocupación del juez *a quo* por la situación que atraviesa el país a raíz de una política criminal realmente desestructurada y meramente coyuntural, que ha dado pie a un gran populismo punitivo y al desdibujamiento de la justicia premial o consensual, que en virtud de las múltiples reformas hechas a la Ley 906 de 2004, está dejando de ser la regla general para convertirse en la excepción, con las consecuencias nefasta que ello trae en la congestión judicial, el hacinamiento carcelario y la dificultad para solucionar los conflictos intersubjetivos surgidos a raíz de la comisión del delito.

Empero, que se comparta dicha apreciación no significa para nada que se avale la solución propuesta, tal como se pasará a explicar a continuación:

Tal como ya se explicó con detenimiento en acápite anterior no es correcta la tesis de que la justicia contenciosa y la justicia consensual son modelos totalmente diferentes y casi que en abierta contradicción que se informan

por principios y valores abiertamente opuestos. Por el contrario, la revisión de toda la normatividad en clave de sistematicidad nos indica que si bien son modelos que tienen diferencias es lo cierto que son mucho más las coincidencias que los unen, en tanto son partes de un mismo conjunto, por lo que responden a una lógica y principialísticas comunes.

Como también se advirtió, las diferencias sustanciales en los dos sistemas es de estructura ritual (abreviado y ordinario, si se permite la expresión para ser más gráfica la explicación), el consentimiento libre, consciente, informado y asesorado del acusado para efectos de renunciar al juicio oral y la flexibilidad limitada de los principios de presunción de inocencia y de legalidad de los delitos y las penas. Eso y nada más son las diferencias entre los dos modelos de justicia.

Ahora bien, el juez de primera instancia argumenta que para rescatar el modelo de justicia premial propone una teoría desde la principialística con el fin de hacer prevalecer supuestamente los artículos 8-L y 348 al 349 por cuanto este, según dice, los contraría a través de lo que él denomina como excepción de principialidad.

A pesar de que en la doctrina la excepción de principialidad tiene un enfoque y contenido diferentes²³, se puede decir que así como la asume el juez *a quo*, en términos generales no tendría ningún reparo en nuestro ordenamiento jurídico al tenor de lo establecido en los artículos 13 y 26 del C.P. y C.P.P. respectivamente, por cuanto ciertamente estas normas de manera categórica prescriben que los principios rectores prevalecen sobre las demás normas ordinarias y que, además servirán, de criterios de interpretación, salvo en lo que tiene que ver con su afirmación de que puede haber principios por fuera de la Constitución, porque esto pervertiría nuestro

²³ Estrada Vélez, Sergio. La excepción de principialidad. Bogotá, Editorial Temis, 200

ordenamiento jurídico en el cual la regla de reconocimiento esta fincada en las normas y principios de la Carta Política. Los principios rectores al igual que las demás normas infraconstitucionales ostentan su validez en tanto estén de acuerdo a las normas constitucionales.

De esta manera es un error pensar que el artículo 348 no tiene sustento en la Constitución como si lo tienen los demás principios rectores del código de procedimiento penal.

Se dice que esto es un error porque si lo que establece la norma en comento son algunas finalidades, no todas, del proceso premial que tienen que ver con la humanización del proceso, la pronta y cumplida justicia, la participación de los involucrados en la solución del conflicto y la reparación de los daños causados a las víctimas, es claro las mismas tienen su fundamento directo por lo menos en el preámbulo de la Carta Política y en sus artículos 1, 2, 5, 12, 33 y 250-7.

Claro, el artículo 348 procesal por ser parte de nuestro ordenamiento jurídico tiene su techo axiológico y principal en la Carta Política, tal como se acaba de observar, y por tanto no puede tomarse como una regla suelta que de manera autónoma e independiente informa de manera exclusiva a la justicia premial; sino simplemente que es uno más de los principios que la orientan y que su interpretación debe ser armónica con el sistema jurídico en general.

Desde esa perspectiva es claro, entonces, que el artículo 349 no va en contravía ni del art. 348 ni de ninguno de los principios que informan a la justicia consensual porque como ya se analizó con detenimiento, aquella norma no es más que la expresión legislativa del principio general universal de que el delito no es ni puede ser fuente de derechos, bienes u obligaciones, además de que de manera secundaria o indirecta promociona la reparación

de las víctimas, que no es, como lo asume la primera instancia, un objetivo secundario, accesorio o de menor valía, sino, por el contrario, uno de los ejes esenciales de la nueva justicia penal, en donde la indemnización de perjuicios es asumida como un derecho fundamental de las víctimas²⁴

La conclusión, entonces, no puede ser otra que erró el juez de instancia al inaplicar el artículo 349, por lo que se debería anular desde la decisión por medio de la cual se verificó o aprobó el allanamiento a cargos por parte de la procesada; pero como lo que aquí se vislumbra es también una violación a las garantías procesales de esta, no queda otra alternativa que la invalidez procesal recaiga desde la misma imputación.

En efecto, le sobraba razón al agente del Ministerio Público en oponerse a la aprobación del allanamiento que de manera ilegal se había producido en la audiencia de imputación, por cuanto de manera deliberada el fiscal ofreció el beneficio a la acusada de no devolver lo ilícitamente obtenido, a pesar de que la sentencia 39831, que nuevamente impuso tal condición, se había proferido 12 días antes y ya era de pleno conocimiento su contenido en la comunidad jurídica.

Pero no, el fiscal ofreció la eliminación de un condicionamiento que no podía hacer y eso tuvo el beneplácito inicial del juez de control de garantías y posteriormente del juez de la causa, por lo cual es claro que el consentimiento para allanarse a cargos por parte de la procesada estaba viciado, puesto que la consecuencia del mismo podría ser la simple eliminación del juicio oral, pero sin la rebaja sustancial prometida por el delegado del ente instructor que en últimas es lo que la movió para renunciar a su derecho de tener un juicio.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002

Ciertamente del anterior recuento, deviene lógico que existen unas irregularidades procesales que viciaron el consentimiento de la procesada al momento de aceptar los cargos endilgados por la Fiscalía General de la Nación, pues claramente no podían los jueces de control de garantías y de conocimiento avalar el allanamiento realizado por **Lady Sarah** porque el mismo fue producto de una información errónea e ilegal que le suministrara Fiscalía, lo que a todas luces se convierte en una aceptación viciada por parte de la ciudadana, porque el hecho de que el juez de conocimiento no comparta la posición de la Corte y la desatienda sin argumentos sólidos y claros, no significa que a la Fiscalía desde el acto de imputación no le estuviera dado exponerle las condiciones que la jurisprudencia, como fuente de Derecho, había creado para el allanamiento a cargos en delitos donde se percibe incremento por parte del victimario.

Para la Sala es claro que la verificación de la legalidad del allanamiento estaba, principalmente, en cabeza del Juez 24 Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías, quien sin excusa alguna debía velar por la veracidad de lo transmitido a la imputada por parte de la Fiscalía en el acto de comunicación y, de ser el caso, con miras a evitar vicios en el consentimiento, solicitar a la Fiscalía las aclaraciones o correcciones de la imputación pertinentes, a efectos de que ese acto de aceptación voluntaria de cargos estuviera previsto de todas las garantías y se predicara libre, consciente, voluntario e informado. Sin embargo, como no se efectuó el control debido por dicho funcionario, la labor de verificación de esa legalidad se extendió al juez de conocimiento, máxime que el mismo Procurador Judicial le avistó lo sucedido (el vicio advertido) y en razón de ello aplazó la audiencia.

Lo sucedido en la audiencia preliminar de imputación que se le adelantó a la señora **Espinosa Arboleda** fue un acto abiertamente ilegal que generó

procedimientos y decisiones posteriores revestidos de esa misma condición al ser atentatorias contra el debido proceso y garantías fundamentales, por lo que la Sala no puede darle continuidad a esos actos ilegales y en razón de ello debe anular la actuación y retrotraer el trámite para que se haga debidamente.

No desconoce esta Colegiatura que en la audiencia de formulación de imputación también intervino el defensor público asesorando a **Lady Sarah** en acto de allanamiento a cargos para el que contó con un extendido receso con miras a adoptar la decisión más benévola para su prohijada, y por tal motivo debió estar atento al error cometido por la Fiscalía y el juez de control de garantías, siendo su deber actuar con lealtad procesal y advertir en ese momento o, incluso, ante el juez de conocimiento en el acto de verificación, el yerro en el que se estaba incurriendo al avalar la aceptación voluntaria de cargos; sin embargo, no puede la Sala pasar por alto la real afectación causada en las garantías procesales de la ciudadana imputada, quien además de ser una persona neófita en derecho contó con una defensa pasiva, actuar que, sea dicho de paso, resulta reprochable para esta Corporación, ya que el profesional del derecho esperó hasta la emisión de la sentencia condenatoria e interposición de los recursos por parte del apoderado de víctimas y del Ministerio Público, para hablar sobre la irregularidad.

Empero, como tan censurable acto no puede cargársele desfavorablemente a la ciudadana procesada y, menos aún, a la víctima dentro de la actuación penal, como quiera que sus garantías fundamentales –debido proceso- se encuentran ciertamente afectadas, no le queda otro camino a la Sala, que decretar, de conformidad con el artículo 357 procesal, la nulidad de todo lo actuado, incluido el acto de imputación, para que en su lugar el Ente Acusador proceda como corresponde.

En consideración a lo antes expuesto, esta Colegiatura decretará la **NULIDAD** de todo lo actuado dentro del presente proceso, a partir de la audiencia de formulación de imputación celebrada el 9 de octubre de 2017 ante el Juez 24 Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías, inclusive, lo que traduce que se dejará sin efecto alguno la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, así como todos los actos que le antecedieron ante esa instancia judicial; para que en su lugar, la Fiscalía General de la Nación, con la advertencias hechas a lo largo de este proveído, proceda a formular nuevamente la imputación de cargos a la señora **Lady Sarah Espinosa Arboleda** en donde está tendrá la posibilidad de aceptar los mismos, pero, *se itera*, con las amonestaciones que el caso amerita y que ya fueron explicadas a lo largo del presente proveído.

7. Cuestiones finales

7.1. Considera esta Corporación que en lo referente al problema jurídico planteado en el numeral 6.2.6. y que refería a la tasación punitiva y la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, hecha por el juez, debe sustraerse la Sala, pues no viene al caso emitir un pronunciamiento al respecto, en un caso donde, como ya se vio, la decisión del juez de conocimiento y toda su actuación se anulará e, incluso, se invalidará también la labor del funcionario de control de garantías. Luego, entonces, sería inane que se hiciera todo una labor argumentativa y valorativa de la función de tasación del juez, cuando la misma ninguna relevancia jurídica tendrá dentro del presente proceso.

7.2. A la Sala le resulta muy relevante aclarar una situación que se presentó en el curso de la audiencia subsiguiente a la de individualización de pena, en donde, para efectos de publicidad del fallo el juez se abstuvo de hacerlo de

conformidad a lo normado en el inciso final del artículo 447 CPP y por el contrario consideró procedente que se diera de acuerdo a lo dispuesto en el canon 545 de la Ley 1826 de 2017, esto es que se corriera traslado por escrito de la sentencia y dentro de los 5 días siguientes se presentarían los recursos.

Al respecto se advierte claramente que el juez de conocimiento no podía dar paso al trámite dispuesto en la nueva legislación y apartarse del contenido de la Ley 906 de 2004, última por la cual se viene adelantado la integralidad de la presente causa penal, como quiera que no le era dable al operador judicial hacer una combinación de normas en busca de mejores garantías para las partes y menos aún sin existir razones jurídicas de peso para actuar de esa manera.

Lo sucedido se trató de un desafortunado acto que afectó el debido proceso y que podría dar al traste con los recursos interpuestos, cuando menos, el del representante del Ministerio Público que no asistió a la audiencia, sino fuera porque en el presente asunto el yerro fue causado directamente por la judicatura, aunado a que existen razones de peso para que esta Sala estudie el asunto propuesto, tal como ya se vio

No obstante, considera la Colegiatura que si resulta muy pertinente hacerle un llamado de atención al funcionario judicial para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en actos como el referido y, en su lugar, dentro del trámite de los procesos se ciña a dar estricta aplicación al procedimiento vigente a cada causa penal.

8. DECISIÓN:

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

8.1. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado dentro del presente proceso penal adelantado en contra de la señora **Lady Sarah Espinosa Arboleda** a quien se le endilgó la comisión de un concurso de conductas punibles de concierto para delinquir, falsedad material en documento público agravada por el uso y falsedad de documento privado, las dos últimas bajo un concurso homogéneo; a partir de la audiencia de la audiencia de formulación de imputación celebrada el 9 de octubre de 2017 ante el Juez 24 Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías, inclusive, por lo expuesto a lo largo de este proveído.

SEGUNDO: La presente decisión no es susceptible de recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado

R/