



APROBADO ACTA N° 048

(Sesión del 25 de abril de 2022)

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 05-001-60-00000-2019-00684
Sentenciado: Freddy Orlando Aguirre
Delitos: Concierto para delinquir, Estafa y Falsedad en documento privado
Asunto: Defensa recurre sentencia respecto el quantum de la sanción por inaplicación del artículo 269 del Código Penal
Decisión: Confirma con modificación
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 27 de abril de 2022

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del ciudadano Freddy Orlando Aguirre, contra la sentencia proferida el 9 de marzo del 2021 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, que lo condenó a la pena principal de 60 meses de prisión y multa de 572.13 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor de los delitos de Concierto para delinquir, Estafa y Falsedad en documento privado.

2. HECHOS

La Fiscalía pudo establecer la existencia de una organización criminal que venía delinquirando desde al año 2008, hasta febrero de 2011, la cual se dedicaba a reclutar personas para defraudar a los bancos y grandes almacenes de cadena del país, en razón del conocimiento que tenían de errores de sincronización en las plataformas, ya que todas las entidades financieras manejan la misma. Dichos errores en la plataforma del banco Davivienda eran aprovechados por los miembros de esta organización para tramitar diversos productos.

Puntualmente, respecto del señor Freddy Orlando Aguirre, se tiene que este participaba en la organización como cliente fraude, es así como el 30 de septiembre de 2009, solicitó portafolio de productos en la sucursal Trinidad del banco Davivienda en la ciudad de Bogotá, solicitud que fue recibida por la empleada del banco Diana Hernández y con la cual se aportaron documentos como la fotocopia de la cedula de ciudadanía, certificado de Multiservicios Jurídicos LTDA del 22 de septiembre de 2009 y 3 comprobantes de nómina correspondientes a los meses de junio, julio, agosto de 2009 de la ya mencionada Multiservicios Jurídicos LTDA.

Usando los referidos documentos, de los cuales resultaron falsos el certificado y los comprobantes de nómina para que le otorgaran los productos, se logró hacer incurrir en error a los empleados del banco Davivienda para que le entregaran a Freddy Orlando Aguirre el portafolio de productos referidos. Él, posteriormente, hizo uso de dichos productos para obtener provecho ilícito en perjuicio del banco en mención, en un monto de \$31.560.534,94. También utilizó un cheque falso para liberar cupo del crédito.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. El 9 de septiembre de 2018 ante el Juzgado 30 Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación a Freddy Orlando Aguirre por los delitos de Concierto para

delinquir, Estafa y Falsedad en documento privado, el ciudadano no aceptó los cargos.

3.2. Se radicó escrito de acusación en contra del procesado y otros que, en principio, correspondió por reparto al Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Despacho que, por cuenta del allanamiento a cargos de algunos de los procesados, decretó la ruptura de la unidad procesal para que, por cuerda separada, se continuara con el juzgamiento de Freddy Orlando Aguirre.

3.3. Fue así como se repartió nuevamente el conocimiento de este asunto, correspondiéndole al Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, ante quien, el 28 de octubre de 2019, previo a que se diera inicio a la audiencia de formulación de acusación, el ciudadano se allanó a todos y cada uno de los cargos que le fueron imputados, por lo que la Fiscalía procedió a dar traslado de los elementos materiales probatorios con que contaba. Una vez verificado que ese allanamiento a cargos por parte del procesado había sido libre, consciente, voluntario, asesorado por su defensora y debidamente informado de sus consecuencias, se le impartió legalidad al mismo, anunciándose el sentido condenatorio del fallo.

Acto seguido se le dio el uso de la palabra a las partes a efectos de que se pronunciaran sobre lo consagrado en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. Fue así como la delegada de la Fiscalía advirtió que, si bien el procesado tiene varias anotaciones por investigaciones, todas se encuentran en estado de indagación, por lo que no existe en su contra ninguna sentencia condenatoria, siendo preciso entonces que se parta del cuarto mínimo de las penas establecidas para cada uno de los delitos. Frente al monto de la pena a imponer, dado que el allanamiento a cargos se hizo de una manera temprana en el proceso, consideró que debía concederse, por una parte, la rebaja de hasta el 50% de la pena a imponer y, por otra, que ella corroboró la indemnización que realizó Freddy Orlando Aguirre a la víctima Davivienda, solicitó entonces se le concediera la rebaja de que trata el artículo 269 del Código Penal.

Radicado:
Sentenciado:
Delitos:

05-001-60-00000-2019-00684
Freddy Orlando Aguirre
Concierto para delinquir, Estafa y Falsedad en documento privado

Por su parte, la defensora del ciudadano procesado coadyuvó los planteamientos esbozados por la señora Fiscal, solicitando además en su favor, la concesión del subrogado penal y que se le retire a su prohijado la prohibición de salir del País.

3.4. Sentencia impugnada. En virtud del allanamiento a cargos, no se discutió la responsabilidad penal de Freddy Orlando Aguirre en esta causa penal, máxime si se tiene en cuenta que se aportaron suficientes elementos materiales probatorios que permiten desvirtuar su presunción de inocencia. Por ende, el *a quo* agotó proceso de tasación de pena, en los siguientes términos.

Según la calificación jurídica de los delitos por los que se allanó el procesado, señaló el *a quo* que el Concierto para delinquir, según el artículo 340 del Código Penal consagra una pena de 48 a 108 meses de prisión. Mientras que el 246 *ibídem* establece para la Estafa una pena de prisión que va de 32 a 144 meses y multa 66.66 a 1.500 SMLMV pero, como esta conducta fue imputada como delito continuado, conforme a las reglas del artículo 31, advirtió el Juez de primera instancia que se impondría la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte, por lo que los extremos punitivos quedaban entonces entre 42.66 a 192 meses de prisión y multa de 88.88 a 2.000 SMLMV. Por último, frente al delito Falsedad en documento privado, contenido en el artículo 289, este trae una pena de prisión de 16 a 108 meses.

Acotó así mismo que, conforme a las previsiones del artículo 31 del Código Penal, como en este asunto existe un concurso de conductas punibles se debía partir de la que establezca la pena más grave, y como quiera que existen algunas que a pesar de tener una pena mínima más alta, aparejan una pena máxima más baja (Concierto para delinquir) que otros que teniendo una pena mínima más baja, en su máximo ostentan una pena más alta (Estafa como delito continuado), precisó el *a quo* dosificar de forma independiente cada uno de los delitos, a efectos de determinar la pena más alta conforme lo establece la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la

Corte Suprema de Justicia SP 2171-2020, con Radicado 50294 proferida el 24 de junio de 2020¹.

Así entonces, el delito de Concierto para delinquir tiene unos extremos punitivos que oscilan entre 48 y 108 meses de prisión, por lo que al hacer el proceso de división del ámbito punitivo conforme lo consagra el artículo 61 del Código Penal, en 4 cuartos, cada cuarto de movilidad tiene un ámbito de 15 meses; teniendo en cuenta que en el presente caso sólo concurren circunstancias de menor punibilidad, como lo es carecer de antecedentes penales, el Fallador se movió dentro del primer cuarto mínimo, es decir, entre 48 y 63 meses de prisión. Afirmó que teniendo en cuenta: i) la modalidad y gravedad de la conducta, expresada en el haberse concertado con otras personas para planear, estructurar y ejecutar toda una empresa criminal dedicada a defraudar el patrimonio de un sinnúmero de personas, y de la entidad financiera Davivienda; ii) el daño real creado, pues lograron de forma efectiva defraudar el patrimonio de un centenar de personas así como del banco Davivienda que tenía que responder ante sus clientes por las operaciones criminales realizadas fraudulentamente; iii) la intensidad del dolo reflejada en la premeditación con la que planearon la comisión de las conductas, y la astucia con la que ejecutaron todas las defraudaciones con plena conciencia del daño que su actuar criminal generaría en tantas personas que depositaban su confianza como clientes de Davivienda; y iv) la necesidad de que a través de la pena impuesta se le envíe un mensaje a la sociedad de que este tipo de comportamientos que atentan contra la seguridad de la sociedad serán castigados con firmeza, por lo que le impuso, en consecuencia, el máximo de pena del primer cuarto, es decir, 63 meses de prisión.

Respecto al delito de Estafa, indicó que los extremos punitivos oscilan 32 y 144 meses, y multa de 66.66 a 1.500 SMLMV, sin embargo, como esta conducta fue imputada como delito continuado, conforme con las reglas del artículo 31 del Código Penal, se aumentará en una tercera parte; quedando los extremos punitivos, entre 42.66 a 192 meses de prisión y multa de 88.88 a 2.000 SMLMV. Ahora, al hacer el proceso de división del ámbito punitivo,

¹ MP. Jaime Humberto Moreno Acero.

Radicado:
Sentenciado:
Delitos:

05-001-60-00000-2019-00684
Freddy Orlando Aguirre
Concierto para delinquir, Estafa y Falsedad en documento privado

cada cuarto tiene un ámbito de movilidad de 37.33 meses y de 483.25 SMLMV por lo que, debiendo moverse dentro del primer cuarto, esto es, entre 42.66 a 80 meses de prisión y una multa de 88.88 a 572.13 SMLMV. Por tanto, atendiendo a los argumentos expuestos y para guardar coherencia y la misma proporcionalidad tenida en cuenta con el delito analizado en el párrafo precedente, el a quo le impuso el máximo del primer cuarto mínimo, esto es, una pena de 80 meses de prisión y multa de 572.13 SMLMV.

Por último, en relación con el delito de Falsedad en documento privado, el artículo 289 del Código Penal consagra una pena que va de 16 a 108 meses de prisión, por lo que, al hacer el proceso de división de los cuartos de movilidad, cada cuarto se fija en 23 meses de prisión, y atendiendo entonces a la carencia de antecedentes penales, la pena a imponer girará dentro del primer cuarto mínimo, esto es, de 16 a 39 meses de prisión. En aplicación de los mismos criterios tenidos en cuenta para los delitos anteriores, se le impone el máximo del primer cuarto mínimo esto es 39 meses de prisión.

Ahora bien, habiendo definido el quantum punitivo para cada delito, conforme a lo establecido por el artículo 31 del Código Penal se pudo establecer entonces que el delito que comporta la pena más grave en este caso es el de Estafa continuada por lo que se parte de los 80 meses de prisión y multa de 572.13 SMLMV y se aumenta en 24 meses por el delito de Concierto para delinquir y 16 meses más por el delito de Falsedad en documento privado, para un total de pena de 120 meses de prisión y multa de 572.13 SMLMV.

Finalmente, se tuvo que como el procesado se allanó a los cargos previo a la audiencia de formulación de acusación, conforme las previsiones del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, haciéndole una rebaja de pena del 50%, la pena definitiva a imponer es de 60 meses de prisión y multa de 572.13 SMLMV. Como pena accesoria se le impuso la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de las penas principales. Se le negó el subrogado penal por incumplimiento del presupuesto objetivo consagrado en el artículo 63 del Código Penal para el efecto, pero se le concedió la prisión domiciliaria como quiera que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 38B *ibídem*.

3.5. Apelación de la defensa. Manifestó que su asistido, Freddy Orlando Aguirre, reparó a la víctima de este caso, es decir, Davivienda, lo cual fue certificado por el representante legal de dicha entidad, el señor Víctor Luis Díaz Díaz, quien mediante memorial afirmó que *“se da por reparado e indemnizado con ocasión de la indemnización efectuada el 27 de marzo de 2019, por parte del procesado Freddy Orlando Aguirre identificado con cédula 79’576476 de Cundinamarca”*. Dicha certificación fue enviada el 28 de marzo de 2019 al Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín, porque para ese momento ese era el Despacho que tenía el conocimiento del asunto, previo al decreto de la ruptura de la unidad.

Resalta que su prohijado se allanó a los cargos previo a que se realizara la audiencia de formulación de acusación y, en esa oportunidad, en el traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscal solicitó se hicieran las rebajas correspondientes tanto en la tasación de la pena por las conductas en las que incurrió Freddy Orlando Aguirre de un 50%, y de igual forma, se le diera una rebaja del 50% en aplicación del artículo 269 del Código Penal, dada la reparación efectuada por el procesado a Davivienda, entidad financiera que mediante certificado afirmó darse por reparada integralmente, aceptando también el perdón público expresado por su prohijado; también solicitó la delegada del Ente Acusador se le concediera el subrogado de ejecución condicional de la pena y, soportada en.

Arguyó el censor que a su asistido se le impuso una pena de 60 meses de prisión, negándosele el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del Código Penal, sin embargo, el *a quo* no tuvo en cuenta el resarcimiento y reparación a Davivienda por lo cual no hizo la rebaja como lo contempla la Ley; ni siquiera hizo alusión a dicha reparación, y ésta es la inconformidad que motiva la alzada.

Después de realizar varias acotaciones sobre los traumatismos e interrupciones que ha tenido este proceso, solicitó a la segunda instancia modificar la pena, aplicando el atenuante punitivo consagrado en el artículo

269 del Código Penal en virtud del resarcimiento de perjuicios realizado por el procesado a la víctima Davivienda.

3.6. La delegada de la Fiscalía General de la Nación ni la representación de la víctima se pronunciaron como sujetos procesales no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala determinará si el sentenciado tiene derecho a la rebaja de pena que prevé el artículo 269 del Código Penal y, en caso afirmativo, si es procedente concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

4.3. VALORACIÓN Y SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

Previo a adentrarnos en el tema propuesto, es importante precisar que esta Sala no desconoce que a partir de la sentencia 39831 del 27 de septiembre de 2017³ la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia anunció un cambio de jurisprudencia para regresar al criterio según el cual el allanamiento a cargos es una modalidad de preacuerdo y que, en ese sentido, solo es posible su trámite y aceptación cuando se dé cumplimiento –en los casos aplicables- al requisito previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sobre el reintegro de lo apropiado, sosteniendo en esa oportunidad el Órgano de cierre que: *“No obstante lo anterior, como resultado de reestudiar el tema, la Sala concluye que indudablemente el allanamiento a cargos*

² Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de **las sentencias proferidas por los municipales** del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

³ SP14496-2017, MP. Jose Francisco Acuña Vizcaya.

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 art. 349 de la ley 906 de 2004”.

Sin embargo, el criterio de esta Sala ha sido claro e insistente en advertir que no pueden confundirse los allanamientos a cargos con los preacuerdos⁴ entre Fiscalía e imputado o acusado en tanto son figuras ontológicamente distintas y perfectamente diferenciables, así estén regladas de manera simultánea y, en ocasiones, indistinta por el Legislador.

Ello por cuanto, el allanamiento es la aceptación unilateral e incondicional de los cargos formulados por el Ente Acusador –sin que este participe en forma determinante en su concreción-, que tiene consecuencias en la sanción a imponer en tanto representa una reducción o rebaja en la pena bajo el criterio del juez de conocimiento y cuyo monto depende, fundamentalmente, del momento procesal en que se produce la aceptación. Los preacuerdos, aunque también constituyen aceptaciones de responsabilidad, no son incondicionales, sino el producto del consenso entre el Ente Acusador y el procesado, es decir, es una negociación bilateral por virtud de la cual el procesado decide declararse culpable del delito imputado o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el Fiscal elimine alguna agravante o cargo específico o adecue la conducta de una determinada manera que comporte un resultado más favorable desde la punibilidad⁵, entre otras formas de acuerdo. Frente al tema, la Corte Constitucional en sentencia C-303 de 2013 determinó que *“no es admisible la asimilación o equiparación entre la aceptación simple y la aceptación condicionada de los cargos, porque existen diferencias constitucionalmente relevantes entre una y otra, que hacen indispensable un tratamiento jurídico diferenciado”*.

Frente a la importancia en la diferenciación entre ambas figuras, resulta pertinente traer a colación lo mencionado en pronunciamiento reciente por el

⁴ Auto 35509 del 6 de julio de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

⁵ Sentencia Radicado 31063 del 23 de julio de 2009, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Diego Eugenio Corredor Beltrán, quien salvó el voto en una decisión que resolvió en segunda instancia⁶ la apelación interpuesta en contra de una sentencia condenatoria proferida por este Tribunal; en dicho pronunciamiento el Magistrado hizo especial énfasis en la importancia de distinguir preacuerdos con allanamientos acotando que:

“(...) dentro del marco de la normatividad en cita, la consagración de las figuras del allanamiento a cargos y los preacuerdos en capítulos independientes; la primera, en el correspondiente a la formulación de imputación; y, la segunda, en el que atañe a los preacuerdos y negociaciones propiamente dichas, supone, desde su origen, la intención legislativa de plasmar dos alternativas diferenciadas de terminación anticipada del proceso.

En el allanamiento a cargos el imputado o acusado, según corresponda, acepta de forma unilateral los que le ha formulado la fiscalía, renunciando de esta forma a la realización de un juicio público, al interior del cual podría, eventualmente, ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra. En contraprestación, el procesado obtiene una rebaja de la sanción correspondiente al comportamiento delictivo, que varía según el momento procesal en el que se produzca la aceptación de responsabilidad.

Así, en la formulación de imputación –artículo 288 Ley 906 de 2004– el descuento punitivo será hasta de la mitad de la pena imponible –art. 351 ibídem–, en tanto, si la aceptación de cargos tiene lugar en la audiencia preparatoria –art. 356 ib.–, la sanción se reducirá hasta en la tercera parte, y, finalmente, si se verifica al inicio de la audiencia del juicio oral, tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte –art. 367 ídem–.

La remisión al canon 351 del estatuto adjetivo sólo puede entenderse efectuada para efectos de determinar el monto del descuento punitivo, pero sin que de ninguna manera signifique un tratamiento idéntico al establecido para los preacuerdos. En éstos, por su parte, característicos de una relación de bilateralidad, que se construye en torno a un pacto celebrado acerca de lo que será materia de definición judicial de fondo por parte del juez de conocimiento, la regulación procesal se advierte más flexible, pues, la primera oportunidad para su celebración inicia en el acto de imputación y se extiende hasta antes de agotada la formulación de acusación –art. 350–, evento en el cual la reducción de pena será hasta de la mitad de la imponible de cara al delito objeto de investigación –artículo 351–

Cuando se busca ubicar la figura del allanamiento o aceptación de cargos en el Título de “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”, a efectos de hacer valer para la aceptación unilateral lo dispuesto allí, no solo se obvia aplicar una visión contextualizada e integral de las normas que regulan la materia o la naturaleza evidentemente diferente de ambos institutos, sino que se desconoce el criterio de política criminal que subyace al instituto, toda vez que, independientemente de la

⁶ Sentencia Radicado 55914 del 9 de febrero de 2022, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

rotulación del título, que apenas serviría de argumento colateral, es evidente que su contenido únicamente desarrolla la regulación de los preacuerdos, tal cual se desprende del examen objetivo de las normas allí consignadas.

(...)

*Aplicación que resulta aún más desafortunada, si se tiene en cuenta que **la rebaja de pena por allanamiento a cargos en ningún caso se verifica automática en una proporción determinada, sino que sus límites de hasta la mitad o hasta la tercera parte, consultan siempre el ponderado examen del juez en torno al caso en concreto, el ahorro efectivo de recursos judiciales y la devolución parcial de lo apropiado, si la hubiere.***

En síntesis, no se desconoce que, como mecanismos de terminación anticipada, el allanamiento a cargos y los preacuerdos poseen similitudes, en tanto, ambos propenden por la descongestión del aparato judicial; sin embargo, su estructura y objetivos perseguidos son diversos, pues, no sólo difieren en los momentos procesales en que pueden presentarse uno y otros mecanismos, y en las facultades de cada parte, sino también en la participación de la víctima, que se verifica diversa en esencia. (Negrillas y Subrayas de la Sala)

En igual sentido también salvó el voto frente a la misma decisión, el Magistrado Gerson Chaverra Castro indicando que:

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

(...) más allá de comprender que ontológicamente allanamiento y preacuerdo son entidades jurídicas diversas que, aunque persiguen el mismo fin, parten de supuestos diferentes

(...)

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

Así mismo, sobre el tema de la inconveniencia en la asimilación del allanamiento a cargos con los preacuerdos, en salvamento de voto de la misma sentencia ya referida, la Magistrada Patricia Salazar Cuellar hizo un

extenso recorrido por los criterios de interpretación gramatical, sistemático, teleológico, entre otros, además del criterio interpretativo del efecto útil, para concluir y ser enfática en que se trata de figuras distintas. Sin embargo, resulta de suma utilidad frente a lo que es objeto de análisis en el *sub judice*, resaltar lo señalado en dicho pronunciamiento respecto a los límites establecidos por la norma para la aceptación unilateral a los cargos y para los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y el procesado, así:

“(...) el legislador, para el caso de aceptación unilateral de cargos, estableció una rebaja específica, según la fase de la actuación donde ello ocurra, así: (i) si la aceptación de los cargos ocurre en la formulación de la imputación -351-, la pena se rebajará hasta en la mitad; (ii) si ello sucede en la preparatoria -356-, la rebaja será de hasta una tercera parte “de la pena a imponer”; y (iii) si ello ocurre en el juicio oral, cuando el juez le da al procesado la oportunidad de hacer su “alegación inicial”, la rebaja será de “una sexta parte de la pena imponible” -367 y ss-

El tema de los acuerdos está regulado de forma muy diferente, principalmente por la inexistencia de límites fijos para las rebajas, pues las mismas pueden corresponder a: (i) la eliminación “de alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico” -350; (ii) la tipificación de la conducta, “dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena” –ídem-; (iii) “sobre los hechos imputados y sus consecuencias”, bajo el entendido de que “si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo” -351-; (iv) la expresión de la “pretensión punitiva” producto del acuerdo, cuando este ocurra en el contexto de juicio oral -369 y 370-; y (vii) el artículo 352 establece que los acuerdos realizados entre la acusación “y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad”, dará lugar a una rebaja de pena de una tercera parte, mientras que el artículo 367 establece que la rebaja de pena por aceptación unilateral, en esta última fase, conlleva la rebaja de una sexta parte.

(...)

Mientras la aceptación unilateral está sometida a las rebajas atrás indicadas, siempre sobre la base de la pena imponible (esto es, la calculada según el sistema de cuartos), los acuerdos pueden consistir en la supresión de agravantes, cambios de calificación jurídica, etcétera, lo que claramente escapa al régimen de descuentos específicos”. (Negrillas y Subrayas de la Sala)

Por último, y para dejar sentadas las bases sobre la postura de esta Sala, es pertinente, además traer a colación el pronunciamiento en tal sentido del doctor Eugenio Fernández Carlier en su salvamento de voto frente a la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020 por la Sala de Casación Penal

de la Corte Suprema de Justicia⁷ en donde se aparta de la interpretación que considera *in malam partem* por parte de la Sala Mayoritaria, así:

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

A mi juicio, la mayoría de la Sala, no aplica una interpretación extensiva sino una analogía restrictiva de la ley penal, específicamente del artículo 349 del C de P.P. y le asigna las consecuencias de los preacuerdos de no rebaja de pena si no se indemniza el daño y perjuicio ocasionado con la conducta punible en los eventos de terminación anticipada del proceso por vía de los allanamientos.

El examen gramatical, lógico, histórico y sistemático de la oración normativa del artículo 349 del C de P.P. que ocupa la atención, dada su naturaleza restrictiva, solamente admite como interpretación por el juez la limitación específica del acto jurídico al que se refiere, el que se vincula exclusivamente con el preacuerdo y no con el allanamiento, ese es el marco o tenor literal del artículo 349 del C de P.P. que por principio de legalidad debe ser respetado por todos los administradores de justicia.

Si allanamiento y preacuerdo son fenómenos de política criminal diferentes, como es unánimemente aceptado, extender las estructuras del segundo al primero, para asignarle consecuencias punitivas mayores, es hacer una aplicación (no interpretación extensiva) que empeora la situación jurídica del procesado, desmejora las garantías y condiciones establecidas por el legislador, es asignar consecuencias a institutos para los cuales el legislador por voluntad no incluyó ni estableció en la norma a la cual se le asignan.” (Negrillas de la Sala)

4.3.1. La rebaja de pena del artículo 269 del Código Penal.

4.3.1.1. El citado artículo a la letra dice: “(...) Artículo 269. Reparación. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”. Del mismo se infiere que el Juez tiene la obligación de disminuir las penas en los delitos contra el patrimonio económico si antes de la sentencia el justiciable cumple con las siguientes exigencias: restituye el bien o su valor e indemniza al perjudicado.

⁷ AP504-2020, Radicado 55166, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.

En el *sub judice* el Juez de primera instancia omitió por completo un análisis sobre este tópico, lo cual llamó poderosamente la atención de esta Sala en tanto es claro que la determinación de la sanción punitiva, como cualquier aspecto sustancial de la sentencia, tiene que motivarse so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso en lo que a publicidad y contradicción se refiere. Y si bien al momento de la tasación de la pena se sustentaron las razones por las cuales se impondría la misma, lo cierto es que en la audiencia de individualización de pena las partes hicieron una solicitud concreta sobre un aspecto del mismo que, tal y como se dijo en el párrafo precedente, es de aplicación obligatoria por ser un derecho consagrado en por la ley en favor de un procesado⁸, pero que se echó completamente de menos en la sentencia objeto de análisis.

El artículo 59 del Código Penal, ordena: “(...) **Motivación del proceso de individualización de la pena.** Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la **determinación** cualitativa y **cuantitativa de la pena**”⁹, luego si el *a quo* consideraba que no procedía la diminuyente de pena deprecada al unísono por las partes, era imperioso que lo justificará, sin embargo, no existe el más mínimo argumento para no aplicar la rebaja consagrada en el artículo 269 *ibídem*. En virtud de ello, procederá entonces esta Sala a subsanar el yerro acaecido.

Como se dijo, son dos las exigencias para reducir la pena de acuerdo al artículo 269 del Código Penal, restitución del bien o su valor e indemnización al perjudicado. En este caso se tiene que se constituyó como víctima dentro del proceso la entidad financiera Davivienda quien, mediante memorial del 28 de marzo de 2019, suscrito por Víctor Luis Díaz Díaz, Representante Legal del banco, afirmó que “*en nombre y Representación Legal del Banco Davivienda, Regional Bogotá y Cundinamarca, en su calidad de víctima acreditada dentro del proceso penal de la referencia, certifico que el Banco Davivienda se da por indemnizado y reparado, con ocasión de la indemnización efectuada el 27 de marzo de 2019, por parte del procesado FREDDY ORLANDO AGUIRRE, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.576.476 de Cundinamarca. En todo caso, lo relativo*

⁸ Así se ha establecido enfáticamente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la 30800 del 1° de julio de 2009 y la 35767 del 6 de junio de 2012, entre otras.

⁹ Negrillas de la Sala

a los derechos de la víctima a la verdad y la justicia se decidirá en la respectiva sentencia”. También se aportó el aludido certificado de pago por concepto de reparación a la víctima Davivienda por valor de \$5.000.000, suscrito por el ya mencionado Representante Legal. Teniéndose entonces que el procesado indemnizó a Davivienda en el quantum que esta valoró los perjuicios, que dicha indemnización se dio antes de la audiencia de individualización de pena y sentencia, lo cual quiere decir que fue plena y oportuna.

Por lo anterior, se reconocerá el descuento punitivo, pero no en el máximo valor establecido en la norma de las $\frac{3}{4}$ partes, dado que si bien el *a quo* al momento de determinar la pena a imponer dentro del primer cuarto optó por imponer la máxima para cada uno de los tres delitos a los que se allanó el procesado, argumentando con suficiencia la razón para ello y advirtiendo desde ya esta Sala que se acogerán los argumentos y cálculos aritméticos que de manera razonada esbozó para apartarse de la pena mínima en tanto no merecen ningún reproche, lo cierto es que los criterios de imposición de pena del artículo 61 del Código Penal no pueden ser los mismos para la rebaja del 269 *ibídem* y, atendiendo a los criterios esbozados en el libro “*Dosificación judicial de la pena*”¹⁰, se tiene que en este caso la defraudación a la víctima fue de \$31.560.534,94, sin embargo Freddy Orlando Aguirre pagó apenas 5 millones, aunado a que la indemnización fue tardía, pues los hechos datan del año 2009, el 9 de septiembre de 2018 fue la formulación de imputación, la acusación se formuló el 28 de octubre de 2019, es decir, el procesado tardó diez años en pagar la sexta parte de lo apropiado por lo que, la rebaja por aplicación de la norma en cita será del 50%, e incluso así lo deprecaron las partes.

En consecuencia, resulta preciso resaltar que esa rebaja aplica única y exclusivamente para la conducta de Estafa -cometida en este caso como delito continuado- pues, de los tres a los que se allanó el procesado, este es el único que se encuentra consagrado en el Título VII del Código Penal y, dicha detracción punitiva no aplica para los demás delitos ni siquiera cuando se trata de un concurso de tipos penales¹¹. Luego entonces, realizada dicha

¹⁰ Del primer revisor de esta Sala, Nelson Saray Botero, Tercera Edición, LEYER, págs. 424 a 428.

¹¹ Así lo explicó y reiteró la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia 40234, proferida el 26 de junio de 2013, MP. Jose Luis Barceló Camacho.

precisión, y teniendo en cuenta que la rebaja de pena por reparación es un fenómeno postdelictual, tomaremos la que le fue impuesta en primera instancia por el *a quo* para ese delito, es decir, 80 meses de prisión y multa de 572.13 SMLMV y le aplicará el descuento del 50% que corresponde a la mitad de esa pena, quedando la sanción definitiva para la Estafa realizada como delito continuado en 40 meses de prisión y multa de 286.06 SMLMV.

Ahora bien, reitera esta Sala que las penas para los delitos de Concierto para delinquir y Falsedad en documento privado fueron tasadas por la primera instancia en 63 y 39 meses de prisión, respectivamente, iterándose además que esta Sala acoge los argumentos y cálculos aritméticos que de manera razonada esbozó la primera instancia para apartarse de la pena mínima e imponer la máxima del primer cuarto. Es así como, el delito más grave en este caso, es decir, el que objetivamente comporta la pena más alta¹² ya no es el de Estafa continuada, sino el de Concierto para delinquir, que fue dosificada en 63 meses de prisión; conforme al concurso de conductas punibles, el artículo 31 del Código Penal determina que a la pena más grave se le aumenta en otro tanto por cada una de las conductas que concursan. En virtud de ello, tenemos que el *a quo* partió de la más alta –Estafa para ese momento- y le aumentó por la siguiente más alta un 15% de lo que se había establecido como pena a imponer por el Concierto para delinquir –de una pena de 63 meses, impuso 24- y un 6,2% por el delito con la pena más baja –de una pena de 39 meses, impuso 16-; bajo esta lógica, partiríamos entonces de los 63 meses establecidos para la más alta, tomamos la pena que le sigue que es la de Estafa como delito continuado y como esa pena fue redosificada por esta Sala en 40 meses el 15% da 6 entonces eso es lo que se aumentará; a eso le aumentamos otro tanto por la que le sigue, es decir, la Falsedad en documento privado en el 6,2% de los 39 meses, para un total de 2,4. Es decir, 63 meses más 6 por la Estafa como delito continuado más 2,4 por la Falsedad en documento privado, para un total de 71,4 meses de prisión y multa de 286,06 SMLMV como pena a imponer.

4.3.1.2. Ahora, a la cifra antedicha, en virtud del allanamiento temprano a cargos por parte de Freddy Orlando Aguirre, y respetando el criterio de la

¹² CSJ, Sala de Casación Penal, Auto 33439 del 21 de abril de 2010 y Sentencia 37858 del 13 de marzo de 2013.

primera instancia, se reducirá la pena en un 50%, para un resultado final de 35,7 meses de prisión y multa de 286,06 SMLMV.

Como pena accesoria se le impondrá la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal de prisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal.

4.3.2. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Según dispone el artículo 63 del Código Penal¹³, Freddy Orlando Aguirre cumple con las exigencias de carácter objetivo y subjetivo, en tanto la pena que le impone esta Sala no es superior a los 4 años de prisión que establece la norma, ninguno de los delitos por los cuales se allanó está incluido en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal y, si bien la Fiscal en la audiencia del 447 afirmó que contaba con varias anotaciones por investigaciones, todas se encuentran en estado de indagación, por lo que no puede afirmarse que cuente con antecedentes penales atendiendo a que *“únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”*¹⁴.

En consecuencia, se le concederá a Freddy Orlando Aguirre la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de 2 años previa prestación de caución prendaria por valor de un (1) SMLMV y la suscripción de la correspondiente acta de compromiso; lo primero a efectos de que se garantice el cumplimiento de lo segundo. Una vez cumplido ello, se ordenará la libertad.

¹³ Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

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

¹⁴ Artículo 248 de la Constitución Nacional.

Radicado:
Sentenciado:
Delitos:

05-001-60-00000-2019-00684
Freddy Orlando Aguirre
Concierto para delinquir, Estafa y Falsedad en documento privado

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E.

PRIMERO. Confirmar la sentencia por medio de la cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, declaró penalmente responsable a Freddy Orlando Aguirre por los delitos de Concierto para delinquir, Estafa -como delito continuado- y Falsedad en documento privado.

SEGUNDO. Modificar la pena que el *a quo* impuso al condenado. En consecuencia, se impone a Freddy Orlando Aguirre una sanción penal de 35,7 meses de prisión y multa de 286,06 SMLMV.

TERCERO. Se le concede a Freddy Orlando Aguirre la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de 2 años, previa prestación de caución prendaria por valor de un (1) SMLMV. El penado deberá suscribir acta de compromiso. Una vez cumplida la exigencia se ordenará su libertad.

La Secretaría de la Sala Penal tramitará los actos para el cumplimiento de la sentencia.

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

Radicado:
Sentenciado:
Delitos:

05-001-60-00000-2019-00684
Freddy Orlando Aguirre
Concierto para delinquir, Estafa y Falsedad en documento privado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'NELSON SARAY BOTERO' written in a stylized, cursive manner.

NELSON SARAY BOTERO

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA' written in a stylized, cursive manner.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado