

**DESCUENTOS PUNITIVOS POR ALLANAMIENTO A CARGOS, SIN
REINTEGRO DE DINEROS APROPIADOS POR EL INFRACOR, A LA LUZ
DE LA LEY 906 DE 2004. ***

PUNITIVE DISCOUNTS FOR ACCEPTING CRIMINAL CHARGES, WITHOUT
REFUND OF APPROPRIATED MONEY BY THE OFFENDER, AT LIGHT OF
LAW 906 OF 2004.

Autor: Luis David Suárez Monzón **

Abogado Universidad Cooperativa de Colombia.

RESUMEN

Las rebajas de pena o descuentos punitivos por allanamiento a cargos resultan ser una de las figuras elementales del sistema penal acusatorio implementado por la Ley 906 de 2004, la cual entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2005 de manera paulatina y escalonada para cada distrito judicial del país. Sin embargo, la forma de aplicar los descuentos punitivos en el sistema penal acusatorio colombiano por allanamiento a cargos, se encuentra sujeta al reintegro de dineros que realice el procesado; todo ello en virtud del enfrentamiento de dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia que contemplan parámetros diferentes en torno a este aspecto.

Palabras Clave: Allanamiento a cargos, Descuentos Punitivos, Rebajas de pena, Reintegro.

* Artículo científico emanado del proyecto de investigación desarrollado como requisito de grado en el programa de posgrado Especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia.

** Abogado egresado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Litigante y actual estudiante del programa de posgrado Especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia.

ABSTRACT

Penalty reductions or punitive discounts for accepting criminal charges are one of the elementary figures of the accusatory criminal system implemented by Law 906 of 2004, which entered into force as of January 1, 2005 in a gradual and staggered manner for each judicial district of the country. However, the way of applying the punitive discounts in the Colombian accusatory criminal system, for accepting criminal charges, is subject to the reimbursement of money made by the defendant. All this by virtue of the confrontation of two Supreme Court of Justice's judgments that contemplate different parameters regarding this aspect.

Keywords: Acceptation criminal charges, Punitive Discounts, Reimbursement.

INTRODUCCIÓN

La investigación llevada a cabo para la creación del siguiente artículo científico tiene por objeto la fórmula de ponderación que debe ser aplicada por los jueces de la república, valorando dos aspectos principales: Los beneficios para la administración de justicia para la víctima de una conducta delictual, y los beneficios que se le pueden otorgar al infractor por su allanamiento a cargos y disposición real de reparar los daños causado a la víctima o víctimas.

Lo anterior debería suponer un trabajo fácil de interpretación estricta de la ley, que tenga como punto de partida la norma especial que regula la materia, en este caso específico el artículo 351 -y siguientes- de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Contrario a ello, la mediatización de los asuntos judiciales, la ineffectividad de la administración de justicia y el gran desamparo a las víctimas de delitos en nuestro país, ha ocasionado que la Corte Suprema de Justicia, en un llamativo y pintoresco actuar legislativo, mediante la creación de jurisprudencia, imponga barreras restrictivas a la aplicación de las normas que establecen rebajas en la pena cuando el procesado se allana a cargos.

Si bien es cierto que la reparación a las víctimas es un pilar fundamental del sistema penal acusatorio y de las políticas criminales, también lo es, que mal podría enfrentarse la inoperatividad del Estado sobre ese aspecto, mediante el ataque generalizado a las herramientas y figuras jurídicas que conllevan beneficios para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Con todo, y en disonancia de sus anteriores posturas, la Corte Suprema de Justicia, ha variado parcialmente su forma de interpretar las reglas aplicables a los descuentos punitivos, y es precisamente por esta variación de conceptualismo, que se desdibuja el derecho procesal y su cotidiana aplicación, deviniendo en una grave inseguridad jurídica.

DESCUENTOS PUNITIVOS POR ALLANAMIENTO A CARGOS, SIN REINTEGRO DE DINEROS APROPIADOS POR EL INFRACTOR, A LA LUZ DE LA LEY 906 DE 2004.

A pesar de estar contemplado formalmente en la norma (Ley 906 de 2004), es imperativo llevar a cabo un juicioso análisis y consideración respecto de “*Los descuentos punitivos*”, puesto que dicho tema ha venido sufriendo drásticos cambios en su forma de aplicación en virtud de las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia, lo que no pasa desapercibido en la cotidianidad del litigio, ya que esta figura es uno de los pilares más importantes del Sistema Penal Acusatorio, y de la implementación de un sistema de justicia premial, estadio donde los jueces de la república se ven enfrentados a diario, a esta talanquera jurisprudencial del órgano máximo de la justicia ordinaria, y el inmensurable reto de los abogados litigantes para optar por esta figura jurídica al interior de un proceso penal.

Lo anterior evoca un problema que se debe comprender de forma secuencial según el orden procedimental llevado a cabo; de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 351 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y en desarrollo del sistema de justicia premial, el allanamiento a cargos conlleva un determinado descuento punitivo, establecido de manera diferencial según el estadio procesal en el cual se presente la aceptación de los cargos imputados por el ente acusador.

No obstante, lo anterior, el desarrollo jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia, ha establecido que en los casos en que la materialización del delito produzca un incremento patrimonial injustificado del infractor, los jueces no podrán dar trámite a los beneficios antes señalados, cuando no exista un reintegro de al menos el 50% de lo apropiado, aunado al aseguramiento del recaudo del porcentaje restante. Soslayando de entrada la naturaleza de los descuentos punitivos por allanamiento a cargos, aunque en distintas ocasiones, sin que formalmente haya habido un cambio de postura por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia, ha habido algunos casos en que se han tramitado beneficios de rebaja en la pena a imponer, aun cuando no ha habido reintegro

de recursos, ni voluntad manifiesta de reparar a la víctima por parte del imputado, lo que conforma una grave inseguridad jurídica sobre el particular.

Como resultado de las implicaciones anteriores, es menester considerar:

¿Cómo se debe aplicar el sistema de rebajas en la pena, en los casos en que exista allanamiento a cargos, cuando se trate de delitos que conllevaron un incremento patrimonial del procesado, respecto a la valoración del reintegro de dineros?

Esta pregunta investigativa está orientada a la obtención de una claridad sobre la mecánica de la aplicación de las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, buscando establecer una fórmula de aplicación de las reglas para los descuentos punitivos -de forma proporcional-, tomando en cuenta el momento procesal y los reintegros que realice el procesado.

Según dicha intención, es posible conjeturar que la cuantificación de los descuentos punitivos debe regirse, -en un amplio sentido, por el momento o etapa procesal en la cual se haya materializado la voluntad de aceptar cargos, por parte del imputado, y en los casos en que haya habido incremento patrimonial del infractor, se deberá verificar la voluntad de reparar a la víctima, en armonía con la intención de dar por terminado el proceso penal anticipadamente, con un mecanismo de negociación que aporte a la descongestión de la administración de justicia y brinde la oportunidad de salvaguardar los intereses de la víctima, a través de un comportamiento dirigido a reparar los daños causados, sin dejar de un lado la concepción garantista del sistema premial, a favor del procesado.

Por ello a lo largo del texto, además de comprobarse el planteamiento propuesto, se busca también desarrollar los siguientes objetivos. Primero un objetivo general que puede describirse de la siguiente manera:

1. Determinar la forma en que los jueces deben dar aplicación a las reglas legalmente establecidas para otorgar descuentos punitivos, cuando se

trate de conductas en las cuales el presunto infractor ha incrementado su patrimonio.

Y posteriormente algunos objetivos específicos como:

1. Identificar los requisitos legales contenidos en el artículo 351 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, respecto de la aplicación de descuentos punitivos.
2. Identificar en los artículos 351 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 del 2004, los montos de descuentos punitivos establecidos.
3. Determinar cuáles son las conductas típicas que constituyen un incremento en el patrimonio del infractor.
4. Ponderar las variadas posturas de la Corte Suprema de Justicia respecto a la aplicación de descuentos punitivos en los casos en que ha habido reintegro de dineros apropiados.

Antecedentes de la figura de allanamiento a cargos y preacuerdos

En desarrollo del sistema penal acusatorio, implementado en Colombia a través de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), se ha establecido un protagonismo especial al procesado, en virtud del carácter adversaria y garantista del sistema acusatorio. Contrario al sistema de corte inquisitivo que se encontraba regido por el anterior Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000; los poderes -investigativo y de juzgamiento- se ha separado completamente, aunado a la implementación de un juicio oral de orden público.

Junto a estas figuras innovadoras para el ordenamiento jurídico colombiano, se introdujeron mecanismos de negociación entre las partes –fiscalía y defensa- donde se garantiza la posibilidad del procesado para que pueda acceder a beneficios de orden punitivo, como contraprestación a su colaboración con la

justicia, sin dejar de lado la importante participación de la víctima. De esta forma, el nuevo sistema penal trajo la novedad de obtener agilidad procesal y descongestión judicial, mediante la figura del preacuerdo, o con un allanamiento a cargos simple, lo que configura un mecanismo que permite evitar un desgaste judicial innecesario y dañino, aunado a que brinda mayor brevedad para que las víctimas puedan ser reparadas eventualmente.

Los más recientes estudios respecto a los descuentos punitivos en relación con la figura de preacuerdo y allanamiento a cargos, en desarrollo del sistema penal acusatorio establecido por la Ley 906 de 2004, no son numerosos, al contrario, se trata de una temática desprovista de abundante investigación puntual, esto debido a que su crecimiento se ha dado principalmente desde la óptica de la vía jurisprudencial.

No obstante, lo anterior, la comunidad científica si ha avanzado en el estudio de las figuras de reparación integral a la víctima y los beneficios otorgados en virtud del sistema de justicia premial, como se verá en los textos escogidos para análisis que a continuación se relacionan.

Según el artículo *“La reparación integral de perjuicios en Colombia: consideraciones legales y jurisprudenciales”* del autor Nelson Saray Botero publicado en 2010 por la revista Justicia Juris; es imprescindible analizar los aspectos normativos y jurisprudenciales de la rebaja de pena por reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados, para los delitos contra el patrimonio económico, partiendo de la premisa que trata un derecho consagrado por la ley en favor del procesado, el cual debe ser garantizado por el funcionario judicial -señalando además que la víctima, no puede oponerse a la apertura de este trámite, entendiéndose por víctima las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.- El Juez en este asunto debe mostrar una discrecionalidad razonada que no puede confundirse con arbitrariedad, el servidor judicial a la hora de fijar una rebaja de pena, está en la obligación de sustentar adecuadamente a través de la argumentación, que en la medida de lo posible deberá ser breve y concisa pero sólida y coherente.

Por lo anterior, dicho texto aborda un estudio realizado sobre la figura de la rebaja de la pena por reparación de los perjuicios causados, bajo la lupa del desarrollo normativo y jurisprudencial. Conceptualizando desde el enfoque legal, el equilibrio entre los derechos de las víctimas y los derechos del procesado.

Si bien es cierto, la víctima al interior del proceso penal ha logrado posicionarse como un interviniente de especiales facultades, también lo es el procesado como un sujeto de especial protección, pues se trata del gigantesco poder del Estado contra un individuo que, a pesar de ser un infractor de la ley, está en desventaja manifiesta durante el proceso penal.

Es así que, en el transcurrir normativo y jurisprudencial sobre la materia, se han logrado discurrir formas propias de la denominada justicia premial, que erróneamente se ha incrustado en el inconsciente colectivo como una muestra de debilidad punitiva y, por ende, de ineficiencia del sistema judicial. Contrario a lo anterior, el sistema de justicia premial no representa en sí mismo una rebaja en la responsabilidad del infractor, sino una atenuación punitiva que solo tiene efectos de materialidad de la sanción; evidenciado por ejemplo en la no incidencia por parte de las rebajas punitivas, en los términos para contabilizar la prescripción.

Así, es posible concluir que la integración de las figuras de terminación anticipada de los procesos mediante figuras autocompositivas, como la conciliación, en concatenación con la efectiva reparación de los daños causados a la víctima de un reato, e incluso el reconocimiento e indexación de perjuicios materiales y morales, no pueden dejar de representar un alivio en la pena a purgar por el procesado, pues además de haber resarcido la lesión a los bienes jurídicamente tutelados, voluntariamente se entrega a disposición de la justicia; bien sea por sincero arrepentimiento o por búsqueda de la obtención del beneficio de forma estratégica de la defensa judicial.

Por otra parte, en el plano jurídico y académico, mucho se ha dicho sobre las negociaciones y preacuerdos de cara a los Derechos de las víctimas y de los procesados en el contexto del proceso penal. Es común encontrar en la doctrina

críticas y elogios a la figura de la Justicia premial y en general a las declaraciones de culpabilidad. Sin embargo, en tales escritos no es factible hallar un fundamento teórico o filosófico que soporte dichos reproches. En ese sentido, se dice que el pacto penal viola los derechos de las víctimas, pero no se ahonda en el contenido y alcance de estos, y menos se acuña alguna teoría que fundamente el concepto de justicia; igualmente se afirma que el tema viola los Derechos del procesado, sobre todo, aquella garantía a no auto incriminarse, mas no se verifica un análisis de la teoría de la irrenunciabilidad de los Derechos Humanos. Tampoco se encuentra un análisis de validez y Justicia, como tampoco se equipara el fundamento económico o pragmático de las negociaciones con el modelo constitucional establecido a partir de 1991.

Es por eso que para (Camacho et all. 2014) en el texto *“Reflexiones sobre la aplicación del derecho premial en el proceso penal colombiano: entre la víctima y el procesado, un análisis de justicia y dignidad.”* se afirma que la figura de las negociaciones y preacuerdos se cimienta en una teoría de la rentabilidad económica inmersa en la era de la globalización, donde juega la lógica de mayor beneficio a menor costo, con lo cual se violan los Derechos del procesado, principalmente el de la no autoincriminación que es inherente a la naturaleza humana y por tanto irrenunciable; así como vulnera los Derechos de la víctima, principalmente a la Justicia material, por lo que, desde una perspectiva del realismo jurídico, su cercenamiento no puede servir de fuente de legitimación de un modelo que busca un fin ajeno a sí mismo.

Es por ello que a raíz de las concepciones constitucionales de 1991 y el desarrollo del sistema penal acusatorio, se introdujo el planteamiento de una justicia premial como conjunto de figuras de negociación entre el Estado y los procesados. Se trata de un concepto que *“obedece a una necesidad de rentabilidad económica”* en busca de lograr efectividad judicial a bajos costos. No funcionaria de otra forma, si la congestión judicial no se viera aminorada, por la motivación de terminar anticipadamente los procedimientos, a través de concesiones en la sanción a imponer; que no rayan en nada con la efectividad de los derechos de las víctimas a la justicia verdad y reparación.

Con todo, la reparación económica no es la única forma de resarcir el daño de una conducta delictiva, pues el derecho a la verdad y a la justicia como piedra angular de la reinserción y del restablecimiento de la unidad de la sociedad, son también formas idóneas de retribución que, deben ser premiadas al procesado. Habiendo aclarado que los derechos de las víctimas a la reparación y resarcimiento de los daños causados, no es menos importante el deber de respetar las garantías constitucionales del procesado. La aceptación de responsabilidad penal, como renuncia al derecho fundamental a no auto-incriminarse, no puede ser soslayada en detrimento del procesado dando ventajas de parte a la víctima. Renunciar a ese derecho es entonces una acción que debe necesariamente conllevar el reconocimiento del Estado, lo que se traduce en beneficios de carácter punitivo.

Sistema Penal acusatorio colombiano

Para (Rocha et all 2015) El sistema penal acusatorio que rige en la actualidad en Colombia es una expresión de la justicia premial, en la cual existe una estrecha relación existente entre los beneficios contemplados en la norma procesal penal, la terminación anticipada de procesos, y las consecuencias punitivas de su aplicación en casos concretos de la justicia colombiana, para determinar si la equidad, como concepto determinante debe ser tenido en cuenta por los operadores judiciales al momento de adoptar decisiones, pues las mismas deben buscar la prevalencia del orden justo y la convivencia pacífica. Considerar la aplicación de la justicia premial refiere necesariamente la duda acerca de la posible vulneración de los principios como la equidad y la proporcionalidad de la pena, ya que ante casos jurídica y fácticamente similares se pueden obtener resultados diversos que afectan directamente al procesado y en algunos casos a la víctima.

En el marco del sistema penal acusatorio, que rige en la mayoría del procedimiento penal ordinario, se contemplan varias figuras de negociación que implican beneficios punitivos para los procesados que cedan ante las pretensiones del Estado esgrimidas a través del ente acusador -Fiscalía General de la Nación-, dichos principios pueden ser de oportunidad, preacuerdos y por

supuesto, el allanamiento a cargos puro y simple. Todas estas figuras de negociación entre las partes adversarias conllevan a que de cada una conceda a la otra una ventaja que contribuyan a la celeridad y efectividad del procedimiento, lo que implica economía procesal.

Las anteriores figuras jurídicas de justicia premial conllevan a que el infractor reconozca su responsabilidad penal y que se ponga a disposición de las sanciones establecidas para cada infracción penal. Lo que por sí solo, hace merecedor de una atención diferencial, pues se torna en una política motivacional para los procesados, por parte de la administración de justicia y del Estado ejerciendo el *ius puniendi*.

Es menester mencionar que, la mayoría de delitos confrontan a la víctima con una situación que no debería soportar, revictimizándola, y además llevándola a asumir gastos económicos injustificados. Ahora, en los delitos donde ha habido un detrimento patrimonial de una parte (sujeto pasivo) y un incremento en el pecunio de la otra parte (sujeto activo) tal como los delitos contra el patrimonio económico o contra la administración de justicia; es impajaritable que, junto a la aceptación de participación y responsabilidad penal, exista una reparación real y adecuada de estos perjuicios causados.

Y en efecto, la reparación integral es una de las figuras más relevante del sistema premial y en general del sistema penal acusatorio, que tiene su asidero normativo en el artículo 269 del Código Penal, en relación con los delitos contemplados en el título VII de la misma norma, pero se puede hacer extensivo a toda aquella conducta que, sin atacar el patrimonio económico de manera directa, si genera de una parte el incremento y de otra el detrimento, como se ha mencionado en antelación.

La Rebaja de pena por allanamiento requiere asegurar devolución de dineros percibidos por el delito, los operadores judiciales no pueden dar trámite a los beneficios de rebaja de pena por allanamiento a cargos sin previamente asegurar el reintegro de por lo menos el 50 % del valor equivalente al incremento percibido, y el aseguramiento del recaudo restante cuando el procesado obtenga

incremento patrimonial fruto de la conducta penal aceptada. Es importante destacar que esta nueva tesis planteada no le es aplicable al caso del denominado “carrusel de contratos” de los Nule, ya que este allanamiento constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre la fiscalía y el imputado para aceptar la responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario.

A raíz de la coyuntura social, económica y política que se generó con el escándalo que los medios de comunicación denominaron “*Carrusel de la contratación en Bogotá*”, las decisiones judiciales se vieron comprometidas al punto que no podía otorgarse beneficios punitivos de una forma tan “fácil” a quienes causaron un gran detrimento en el desarrollo de la ciudad, y se apropiaron de grandes cantidades de recursos públicos, además de haber vulnerado la institucionalidad del Estado.

Es por todo ello que, desde el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia en esta decisión, las conductas que conllevaran consigo un incremento patrimonial del infractor acarrearían una sanción adicional, la de privar de la posibilidad de obtener descuentos punitivos por el allanamiento a cargos, bien sea puro y simple o a través de un preacuerdo.

Contrario a ello, la reparación integral a la víctima se ha comportado como una figura que trae consigo descuentos y beneficios de carácter punitivo, también lo ha significado el simple allanamiento a cargos que sea directo o por preacuerdo, evita a la administración de justicia un desgaste innecesario y gravoso, por lo cual esta prerrogativa se hacía merecedora de un reconocimiento igual de benévolo con el procesado.

Pero con la implementación de la posición judicial, el desgaste de la administración de justicia y la gran congestión judicial fueron aceptados tácitamente, para que saltara a primer plano la reparación económica de los perjuicios mediante el reintegro de los dineros apropiados por el encausado.

Esta desmotivación procesal -por llamarlo de algún modo- generó un incremento significativo en los procesos que no llegaron a feliz término, como si la escasa efectividad de que la Fiscalía pudiera suplir la necesidad de negociar en torno a la aceptación de una responsabilidad penal. En numerosos casos, no se hizo negociación para el allanamiento a cargos por no existir reintegro de dineros y tampoco se logró obtener sentencia condenatoria.

Allí se evidencia realmente el gran problema del desmonte de la justicia premial por causa del populismo punitivo que adoptó el “nuevo legislador”, la Corte Suprema de Justicia.

El caso denominado “*Carrusel de la contratación en Bogotá*” del cual se realizó una mención con anterioridad, fue necesario para que el organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo penal pudiera replantear la práctica judicial que había impuesto desde la sentencia de los Nule, debido a la magnitud de sus repercusiones tanto en materia económica, como mediática. Al momento de considerar la fuerte talanquera que impedía llegar a culminar pronta y efectivamente uno de los casos más escandalosos del país, permaneció inamovible el precepto fundamental de la reparación integral a la víctima. Sin embargo, se planteó tener en consideración también, el momento procesal en el cual se esté realizando el allanamiento a cargos o aceptación de responsabilidad del procesado dentro de un preacuerdo entre la defensa y el ente acusador.

Si bien, es absolutamente necesario blindar a la víctima en el sentido de lograr reparación de los perjuicios a los que le fuere expuesto con la consumación de un delito, también se necesitó llegar a un punto equilibrado con la finalidad institucional de lograr efectividad judicial y descongestionar los despachos para evitar grave detrimento del sistema.

A partir de esta sentencia, el operador judicial está conminado a que evalúe de manera conjunta tanto la intención de reparar y el efectivo reintegro de los dineros apropiados, de una parte; y de otra, el momento procesal en que se dio la aceptación de responsabilidad penal, para poder llegar a determinar el monto de descuento punitivo al que se ha hecho acreedor el infractor.

Concepto Jurídico

Los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación son quienes a diario se ven enfrentados a las vicisitudes de manejar las figuras de preacuerdos y allanamientos a cargos, como herramienta para terminar anticipadamente los procesos penales de su conocimiento, pasando por las casi invencibles barreras impuestas por la práctica judicial, que se determina por el desarrollo jurisprudencial.

En tal sentido, se ha acudido a uno de los funcionarios del ente acusador que más trayectoria tiene en el trabajo de campo de esta temática, el doctor ALFREDO PARADA AYALA, quien es Fiscal 68 delegado ante el Tribunal de Bogotá, adscrito a la unidad de delitos contra la administración pública – eje temático contra la corrupción; quien rindió el siguiente concepto:

“De conformidad a lo solicitado, en el sentido de brindarle un concepto relacionado con los descuentos punitivos en el sistema penal acusatorio colombiano, por allanamiento a cargos, relacionado con el reintegro que realice el procesado en delitos que representan incremento patrimonial del presunto infractor, especialmente en delitos contra la administración pública, y con el ánimo de contribuir a su proyecto de grado, de manera atenta le informo que, en mi calidad de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, de la Dirección Especializada contra la Corrupción, he tenido la oportunidad de adelantar actuaciones penales por delitos contra la Administración Pública donde algunos infractores, hicieron devolución de lo apropiado y otros no, lo que ha originado serios debates jurídicos a fin de determinar si todos son acreedores o no a las rebajas punitivas, dado que sobre este aspecto la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, no ha sido uniforme, debido a que ha variado sustancialmente su criterio, pues en unas decisiones no exige reintegro y se les reconoce el descuento punitivo y en otras exige el reintegro para que se les reconozca dicha rebaja.

Nótese que desde el año 2005 en los radicados 21954 (23-08-05) y 21347 la 2 Corte Suprema de Justicia sostuvo la postura de los allanamientos como una modalidad de los preacuerdos, después a partir del 2008 en el radicado 25306 varió su posición en el sentido de que los preacuerdos y los allanamientos a cargos son figuras totalmente diferentes, posición reiterada en los radicados 31063 de 2009, 34829 de 2011, 36502 de 2011 y 40174 de 2014 con lo cual las personas que obtenían incremento patrimonial y decidían allanarse a los cargos se les hacía la rebaja hasta la mitad sin que tuvieran que reintegrar lo apropiado, ya que este condicionamiento solo era para los preacuerdos como condición de validez judicial; sin embargo, con el radicado 39831 de 27-09-17 siendo M.P el Dr. FRANCISCO ACUÑA VISCAYA, varió la interpretación que se tenía, cambiando su jurisprudencia sobre los allanamientos cuando los delitos comportan para el acusado un incremento patrimonial, en el sentido que para que exista rebaja punitiva deben cumplirse los requisitos de reintegro del artículo 349 del código de procedimiento penal. Considera la corte en esa decisión que los allanamientos son una modalidad de los preacuerdos que son de carácter bilateral y que como está en el título segundo del C.P.P., preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado, es obligatorio el cumplimiento de ese artículo 349 ibídem; sin embargo, en el radicado 51142 del 21-02-18 MP. Dra. PATRICIA SALAZAR CUELLAR, en un caso donde se condenó entre otros delitos por el peculado por apropiación a favor de terceros se concedió rebaja de pena sin reintegro de dinero, decisión en la cual no hubo ningún salvamento de voto sobre el cumplimiento del artículo 349 del código de procedimiento penal, y en la que se hicieron consideraciones sobre el monto de la rebaja de la pena, entre ellas el hecho de no haberse reintegrado el monto de los daños y perjuicios, concediendo rebajas punitivas aunque no por la máxima prevista en la ley procesal penal.

De tal suerte, que en mi sentir, la interpretación que hace la Corte en el 3 radicado 39831 de 27-09-17, es muy formal, pues el hecho de que

los allanamientos estén en el capítulo de los preacuerdos, deducir que es una modalidad de los primeros cuando es evidente que los preacuerdos son bilaterales y debe cumplirse el requisito del artículo 349 del código de procedimiento penal y los allanamientos a cargos es un acto unilateral del imputado o acusado donde solo prima la voluntad de éste y no hay negociación con la fiscalía, pero debe decirse igualmente que la exigencia que hizo la honorable Corte Suprema de Justicia en ese radicado, excede las facultades de esa corporación, al exigir un requisito para los allanamientos que no está consagrado en la ley procesal penal colombiana y esa facultad sólo le es atribuible al legislador y no al juez. Adicional a este argumento, se observa que esta interpretación no puede calificarse como derecho viviente, como lo dispone la corte constitucional, pues la misma Corte Suprema de Justicia, como se dijo, varió sustancialmente su criterio, lo que indica que en la actualidad no hay derecho viviente en esta materia.

Sobre el Derecho viviente la H. Corte constitucional en sentencia C-015 de 2018, expuso:

“Por otro lado, el concepto de derecho viviente es complejo y exige ciertas condiciones a la interpretación judicial. Se requiere que la interpretación sea consistente y sin variaciones importantes en el tiempo, que esté lo suficientemente consolidada para que los jueces de instancia la conozcan y la sigan, y que con ella se fije el sentido y alcance de las disposiciones interpretadas. Cuando se estructura el derecho viviente, el mismo es una concreción del principio de legalidad, lo que le da sentido y coherencia a las normas legales, pero por supuesto no escapa de la supremacía constitucional y en consecuencia puede ser objeto de control abstracto de constitucionalidad por esta Corte.

“(…) Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial

dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, 4 salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.” (...) \u

5.2.4. Pero la doctrina del derecho viviente no impide que el juez constitucional efectúe un análisis crítico del sentido normativo, fijado jurisprudencialmente, del artículo demandado. El derecho viviente surge de un estudio enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad. De tal manera que el valor del derecho viviente es relativo a la interpretación de la ley demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo. Le corresponde a la Corte Constitucional decidir si recibe y adopta dicha interpretación. Y en caso de que la acoja proceder ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional”.[13]

Por lo tanto, el control de constitucionalidad que ejerce este tribunal puede hacerse, no solo sobre el tenor literal de una disposición legal, sino sobre la norma que surge de la interpretación consistente, consolidada y relevante para definir el contenido de la disposición,

que hayan hecho la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, siempre que dicha interpretación pueda tener alguna relevancia desde el punto de vista constitucional. Este derecho viviente, también es susceptible de control constitucional, porque como toda norma jurídica en Colombia, debe someterse al respeto por las disposiciones y principios de la Carta Política, y la Corte Constitucional, que como guardiana de la Constitución es la competente para adelantar el examen, con el límite implícito que conlleva el respeto a la potestad inherente a las altas Cortes de interpretar y aplicar la ley.

Ahora bien, el alcance de la potestad interpretativa del derecho a cargo de las Altas Cortes no es una regla inmutable, sino que depende de la materia que es objeto de su lectura y de los derechos que dicha materia ponga en juego. Uno de los elementos que permite analizar el ámbito de interpretación de una disposición normativa, es el alcance de la libertad de configuración legislativa en la materia específica, por eso a continuación se recordará “lo sostenido por la Corte respecto de este asunto en materia penal.”

En estas condiciones y como quiera que no existe derecho viviente, hay interpretaciones diferentes por parte del Tribunal de cierre sobre la misma materia y frente a esta variación sustancial de la jurisprudencia, considero que en el caso de los allanamientos a cargo, se debe acoger la interpretación más favorable; esto es, si el imputado o acusado se allana a los cargos por delitos cometidos que derivaron incremento patrimonial sin haber reintegrado el valor de lo apropiado o indemnizado a la víctima, se debe hacer rebaja punitiva, aunque queda a discrecionalidad del juez el porcentaje de la reducción y por lo mismo la aplicación del art. 349 de la ley 906 de 2004, no tiene cabida en estos asuntos, de lo contrario se desmotivaría a los infractores para que participen activamente en la solución de sus propios conflictos, y los procesos se hacen largos, engorrosos, congestionando la administración de justicia y muchas veces terminando los asuntos con

libertades por vencimiento de términos o preclusiones por prescripción de la acción penal, es decir, con plena impunidad del caso imputado. Pero hay reintegro y la persona se allana a los cargos, no solamente obtiene rebaja de pena por aceptar unilateralmente su responsabilidad, sino que en el caso, por ejemplo de los delitos contra el patrimonio económico y peculado pueden tener adicionalmente otras rebajas significativas por la reparación, reintegro o indemnización (arts. 269 y 401 del C.P.), incluso la preclusión de la investigación conforme lo prevé el parágrafo del art. 402 del C.P., para la omisión del agente retenedor o recaudador, sin que ello signifique doble rebaja de pena.”

CONCLUSIONES

Una vez realizado el estudio de los antecedentes dogmáticos y jurisprudenciales de la figura de aceptación de cargos y de los beneficios punitivos que conlleva esta figura, la conclusión a la cual se puede arribar en torno a la forma de aplicar las reglas de la Ley 906 de 2004, es que la seguridad jurídica se ha visto vulnerada por las posturas enfrentadas de la Corte Suprema de Justicia.

De una parte, tenemos que la Sentencia SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017 con la ponencia del Magistrado JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, en el denominado *“carrusel de la contratación”*, resultó ser la respuesta de la judicatura a la presión mediática y se convirtió en una reverencia a la galería, sucumbiendo al populismo ocasionado por uno de los mayores desfalcos que han salido a la luz en temas de corrupción en la contratación pública, dentro e la actuación penal seguida en contra de *“Los Nule”*.

Con esta decisión judicial se adicionó el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal en la práctica judicial, pues se procedió a incluir como requisito para la concesión del beneficio punitivo por allanamiento a cargos, el reintegro de los dineros obtenidos como producto del ilícito, conforme a las reglas atinentes a preacuerdos del artículo 349 de la misma norma. Pues el legislador, como representante de los ciudadanos colombianos y plasmando la voluntad popular, diferenció el allanamiento a cargos y los preacuerdos o

negociaciones entre procesado y ente acusador, partiendo de la más básica concepción etimológica; pues la aceptación de cargos es una manifestación unilateral realizada por el imputado mientras que un preacuerdo necesariamente requiere la intervención de la Fiscalía General de la Nación frente a una negociación de términos específicos.

Si bien es cierto, el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 plantea una reducción en la pena hasta del 50% a discrecionalidad del juzgador, también lo es que, nunca incluyó como requisito para la tasación del beneficio la devolución de dineros obtenidos producto de la conducta delictiva, pues este requisito se contempló como causal de improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado y en cuanto a los beneficios por allanamiento a cargos, la discrecionalidad del juez debe ser fundamentada en las condiciones específicas de cada caso.

Planteada esa posición jurisprudencial, la práctica judicial se subyugó a darle aplicación a ese nuevo requisito, generando una mayor congestión judicial, pues la mayoría de los infractores penales que no podían realizar el reintegro de lo apropiado preferían ir a juicio que aceptar cargos y no obtener una reducción en su condena, por lo que esta figura modificada generó un colapso y una barrera a l sistema de justicia premial.

Posteriormente, la corte suprema de justicia profirió la Sentencia SP364-2018 del 21 de febrero de 2018 con ponencia de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR, en un proceso seguido en contra de exmagistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, quienes al interior de al menos 20 acciones de tutela accedieron a las pretensiones de los actores, a pesar de su clara improcedencia, generando un detrimento patrimonial al Estado y obteniendo un provecho económico de naturaleza ilícita.

En esta acertada decisión, se determinó que la aceptación o allanamiento a los cargos formulados en sede de formulación de imputación, comporta un descuento punitivo que puede llegar hasta el 50% de la pena a imponer, reconociendo que en ese caso no se había verificado el reintegro de los dineros

producto del ilícito, sin embargo, si se evitó un desgaste judicial y se contribuyó a la efectiva realización de justicia material, motivo por el cual se concedió un descuento inferior a la mitad, pero acorde a las condiciones particularidades del caso.

En ese sentido, vemos que la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia ha corregido su posición, pero la turbulencia presentada en la seguridad jurídica por parte de esta confrontación de decisiones generó un impacto negativo en la práctica judicial, pues es común ver fallos condenatorios por allanamiento a cargos en que no se concede un descuento punitivo por la no retribución o reintegro de dineros producto del delito, generando que el debate judicial se extienda a una segunda instancia e incluso a sede de casación, generando mayor congestión judicial y desnaturalizando el sistema de justicia premial.

Con todo, la dinámica de las decisiones judiciales como producto de los múltiples y numerosos procesos penales, generará que se corrija el rumbo y a la postre los jueces vuelvan a dar aplicación a la Ley sin interpretaciones innecesarias que resulten desfavorables a los procesaos.

Bibliografía

- SARAY BOTERO NELSON, La reparación integral de perjuicios en Colombia: consideraciones legales y jurisprudenciales. Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 6. N° 13. Abril - diciembre 2010 Pág. 49-64.
- ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA, YOLANDA DEMETRIO GOMEZ, LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA, Reflexiones sobre la aplicación del derecho premial en el proceso penal colombiano: entre la víctima y el procesado, un análisis de justicia y dignidad. Corporación Universidad Libre de Colombia, Instituto de Posgrados de Derecho. Maestría en Derecho Penal – 2014.
- ROCHA SUÁREZ SANDRA YAZMIN, RODRÍGUEZ ROMERO SANDRA CRISTINA, Beneficios jurídicos y equidad en el sistema de justicia penal colombiano. Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Procesal Penal – 2015.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP364-2018 del 21 de febrero de 2018. M.P.: Patricia Salazar Cuellar.