

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

AP2113-2020

Radicación # 56903

Acta 182

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del 12 de diciembre de 2019 proferida por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó, dentro del proceso contra ELIHÚ MOSQUERA LLOREDA. HECHOS Y ANTECEDENTES:

1. Según el escrito de acusación, en su condición de Juez 1° Administrativo de Quibdó, ELIHÚ MOSQUERA LLOREDA conoció tres procesos ejecutivos propuestos por ESE-Salud Chocó en liquidación contra Caprecom. En el curso de dichos trámites, profirió sendos autos interlocutorios a través de los cuales avaló la liquidación irregular del crédito presentada por la entidad demandante, lo cual le permitió «apropiarse en provecho suyo y de terceros» de dineros del Estado que se encontraban en su custodia. Sumas que ascendieron a \$1.065.946.477, \$893.970.833 y \$1.368.696.991 como a continuación se explica:

(i) En el proceso Nro. 2010-00980 dictó los autos 1256 y 1346 del 1 y 22 de agosto de 2011, a través de los cuales aprobó como valor total de la acreencia, la suma de \$707.276.224,85 distribuidos de la siguiente manera: (i) monto total de la obligación

\$602.963.238,85, (ii) agencias en derecho \$90.444.786,00, y (iii) \$13.868.200 por concepto de arancel judicial. Lo anterior, pese a que la cifra real de la deuda ascendía a \$531.712.535,23, discriminados así: (i) cuantía total de la obligación \$454.455.158,32, (ii) agencias en derecho \$68.168.273,75, y (iii) \$9.089.103,17 de arancel judicial. Lo que arrojó un «mayor valor liquidado y aprobado» de \$175.563.689,62. Aunado a ello, MOSQUERA LLOREDA constituyó para el pago varios títulos de depósito judicial por \$1.597.659.012. De manera que el «mayor valor pagado» por el procesado fue de \$1.065.946.477.

(ii) En el marco del diligenciamiento Nro. 2010-00945 emitió los interlocutorios 1255 y 1471 del 1 de agosto y 14 de septiembre de 2011, por medio de los cuales aprobó como monto total de la acreencia, la suma de \$790.637.645 distribuidos de la siguiente manera: (i) valor total de la obligación \$674.030.439, (ii) agencias en derecho \$101.104.566, y (iii) \$15.502.640 de arancel judicial. Lo anterior, pese a que la cifra real de la deuda ascendía a \$635.531.807,47, discriminados así: (i) suma total de la obligación \$543.189.579,04, (ii) agencias en derecho \$81.478.436,86, y (iii) \$10.863.791,58 de arancel judicial. Lo que arrojó un «mayor valor liquidado y aprobado» de \$155.105.837,53. Aunado a ello, el procesado constituyó para el pago varios títulos de depósito judicial por \$1.529.502.640. Por consiguiente el «mayor valor pagado» por el procesado fue de \$893.970.833.

Y (iii) Con ocasión de la actuación Nro. 2010-00936 profirió los autos 1257 y 1344 del 1 y 22 de agosto de 2011, a través de los cuales aprobó como valor total de la acreencia, la suma de \$774.475.581,72,85 distribuidos de la siguiente manera: (i) monto total de la obligación \$661.944.941,72, (ii) agencias en derecho \$91.291.741, y (iii) \$13.238.899 por concepto de arancel judicial. Lo anterior, pese a que la cifra real de la deuda ascendía a \$441.713.443,04, discriminados así: (i) cuantía total de la obligación \$377.532.857,30, (ii) agencias en derecho \$56.629.928,59, y (iii) \$7.551.657,15 de arancel judicial. Lo que arrojó un «mayor valor liquidado y aprobado» de \$33.762.138,68. Aunado a ello, MOSQUERA LLOREDA constituyó para el pago varios títulos de depósito judicial por \$1.810.410.434. De manera que el «mayor valor pagado» por el procesado fue de \$1.368.696.991.

2. Por tales hechos, el 25 de abril de 2019, ante el Juzgado 2° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Quibdó, la fiscalía formuló imputación a ELIHÚ MOSQUERA LLOREDA por los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo y peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo, de conformidad con lo previsto en los artículos 413, 397 inciso 2° y 58-1 y 10 del Código Penal. El procesado no aceptó los cargos.

3. Luego de presentado el escrito de acusación ante el Tribunal Superior de la misma ciudad y antes de que se efectuara su formulación oral, en audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2019 el procesado expresó su deseo de allanarse a los cargos formulados.

4. La Sala procedió a verificar las exigencias legales. Constató que la manifestación de MOSQUERA LLOREDA fue libre, voluntaria y debidamente asesorado por su abogada defensora¹. Sin embargo, al interrogarlo sobre el reintegro de los dineros apropiados, el imputado afirmó que la actual jurisprudencia relacionada con los requisitos del allanamiento a cargos citada por la primera instancia no estaba vigente cuando se cometió la conducta. Estimó que los hechos son anteriores a la mencionada postura jurisprudencial que le es desfavorable y, por ende no le es aplicable. Además, señaló que esa obligación no es exigible en casos como el suyo, en tanto la fiscalía no acreditó que el dinero producto del ilícito haya ingresado directamente a su patrimonio².

5. El Tribunal consideró que, como lo indicó la Corte en la SP, 27 sep. 2017, Rad. 39831, el allanamiento a cargos es una forma de acuerdo. Por lo tanto, en eventos en los cuales el imputado obtiene un incremento patrimonial fruto de la conducta ilícita, el acuerdo con la Fiscalía supone el reintegro, por lo menos, del 50% del valor equivalente al incremento ilícito y la garantía del recaudo del remanente, como lo dispone el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, argumentó que las normas que reglamentan el allanamiento a cargos se aplican

de acuerdo con el precedente judicial vigente al momento de manifestarse la solicitud y no por interpretaciones que regían al momento de ejecutarse la conducta (CSJ SP, 30 oct. 2019, rad. 54954). En consecuencia, concluyó que tratándose de la aceptación de cargos frente a una conducta que tiene como objeto la apropiación de recursos del Estado, no es posible admitir el allanamiento si no se paga y garantiza el pago en las condiciones establecidas en el artículo 349 mencionado.

Así las cosas, concluyó la primera instancia que no había lugar a la aprobación de la aceptación de cargos³.

6. Inconforme con esa decisión, el procesado la impugnó. Argumentó que el Tribunal erró al aplicar el precedente jurisprudencial mencionado, en tanto éste sólo procede cuando existe un incremento en el patrimonio del investigado. Circunstancia que no ocurrió en el caso bajo examen, pues «quien recibió los recursos no fue su mandante sino un tercero». Por ende, solicitó revocar la decisión y admitir el allanamiento, sin la exigencia de reintegrar el 50% de lo apropiado y sin la garantía de recaudo de la suma restante⁴.

7. La fiscalía solicitó confirmar el proveído recurrido. El Ministerio Público, por su parte, pidió rechazar la alzada por indebida sustentación. Subsidiariamente, que se ratifique la determinación adoptada por el a quo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La Corte es competente para conocer de la providencia impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

2. De entrada, la Sala no comparte la apreciación del Ministerio Público. El recurrente refutó de manera directa, concreta y detallada, los argumentos con base en los cuales la primera instancia consideró que no era procedente avalar el allanamiento a cargos efectuado por el procesado. Por ende, no hay duda de que sus planteamientos son adecuados para obtener la

revisión del asunto en segunda instancia.

3. Del allanamiento a cargos y la rebaja de pena.

3.1. De acuerdo con el literal k del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, el imputado tiene derecho a “un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas.” Pero también a renunciar, libre, voluntaria e informadamente a ese derecho (Literal i, ibídem), para procurar una decisión que permita concluir el proceso con la declaración de responsabilidad a cambio de beneficios punitivos.

Esta alternativa puede concretarse a través de dos opciones: allanándose a cargos, o negociando los términos de la imputación, sea para declararse culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que se elimine alguna causal de agravación punitiva, o un cargo determinado, o se tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Acerca de estas dos formas de justicia premial, para lo que ahora es de interés, la Sala sostuvo en una línea jurisprudencial que se inició con la SP, 8 abr. 2008, Rad. 25.306, que no había similitud entre allanamiento y preacuerdos, puesto que:

“...en el allanamiento a cargos no se presenta ningún acuerdo entre la Fiscalía y el imputado, y su aprobación no se halla condicionada a que previamente se acredite la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, o el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito...”

Esta tesis se mantuvo hasta la providencia SP, 27 sep. 2017, Rad. 39831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, retomando la tesis de la SP, 23 ago. 2005, Rad. 21954, que allanamiento y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, según lo define la ley. A partir de esa premisa consideró que siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, sea que se trate de allanamiento o preacuerdo, se requiere reintegrar el 50%

del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, en concordancia con lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

3.2. Según el procesado, como la conducta por la cual se allanó se cometió en el año 2011, no le es exigible para que se apruebe el allanamiento, la restitución de la mitad del incremento patrimonial fruto del delito, pues ello implicaría una violación del principio de favorabilidad por desconocimiento de la interpretación de la ley vigente para la fecha en que se cometió el delito, conforme a la cual no se exigía reintegro alguno del producto del ilícito, cuando el imputado se allanaba a los cargos.

No existe duda que el principio de favorabilidad de la ley penal más favorable no admite ninguna excepción, sea porque la ley vigente al momento de cometer el delito es más favorable que la posterior que determina una respuesta punitiva más gravosa, o porque la posterior a la ejecución de la conducta traza un tratamiento penal más benigno.

Acerca de ese tema no existe discusión. El problema consiste en resolver si al aplicar la misma ley (vigente tanto para el momento de ejecución de la conducta y para el momento en que se resuelve la situación que se juzga), una lectura jurisprudencial de dicha la ley cuya adjudicación se reclama puede desconocer el principio de favorabilidad, si al resolver el caso se aplica una jurisprudencia que no estaba vigente para cuando se cometió la conducta, pero si cuando se suscita el hecho procesal jurídicamente relevante.

La respuesta es negativa. Primero, porque en el diseño constitucional del sistema de fuentes, la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación de la ley (Artículo 230 de la [Constitución Política](#)). Segundo, porque ese principio, sin desconocer la importancia del precedente judicial, supone que la jurisprudencia no es equiparable a la ley en sus efectos, aun cuando se acepta que no puede ser retroactiva y, tercero, porque como ocurre incluso en discusiones relacionadas con el tránsito de leyes, lo que determina su aplicación en casos como el que ahora se analiza, es definir cuál es la interpretación judicial vigente

cuando se produce el hecho jurídicamente relevante.

Como se comprende, la Sala no desconoce que pueden surgir conflictos en torno de interpretaciones favorables de la ley y que esa posibilidad mucho tiene que ver con la obligatoriedad del precedente judicial, noción que además permite materializar el principio de igualdad frente a personas que son juzgadas en idénticas condiciones jurídico procesales. Pero la Sala también observa que estas nociones que son válidas en abstracto no son aplicables cuando el reconocimiento de las consecuencias de un determinado instituto dependen de la interpretación judicial vigente para el momento en que se produce la manifestación de voluntad del acusado, que es en últimas el hecho procesal relevante que genera la aplicación cierta de la ley al caso concreto.

De manera que, por estas razones, no le asiste la razón al recurrente en cuanto a la presunta infracción del principio de favorabilidad que demanda sobre la base de que la única interpretación posible es la vigente al momento de expedirse la norma y no elaboraciones jurisprudenciales posteriores que son el producto de la necesaria y cambiante visión de las instituciones procesales.

3.3. De acuerdo con lo anterior se confirmará la decisión recurrida. Le asistió razón al Tribunal en la medida que, según la vigente interpretación mayoritaria de la Sala, para la aprobación del allanamiento, cuando se trata de conductas ilícitas producto de las cuales el procesado obtuvo un incremento patrimonial, para sí o para terceros, es requisito ineludible e imperativo, por ende, no condonable, la devolución de la mitad del valor apropiado y garantizar el recaudo del monto restante.

En consecuencia, que no haya sido directamente en favor del procesado la apropiación de los recursos estatales, no es óbice para exonerarlo del cumplimiento de dicha obligación. En el delito de peculado por apropiación se sanciona el hecho de sustraer el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado, ya sea que el consiguiente provecho se produzca para sí

mismo o en favor de terceros. Por ello, al margen de quién es el beneficiado frente a esta clase de conductas, en los eventos de terminación anticipada del proceso, enfatiza y reitera la Sala, existe la obligación de reintegrar, como lo dispone el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, por lo menos, el 50% del dinero objeto del ilícito, y garantizar el recaudo del remanente.

Además, como se mencionó líneas atrás, esa exigencia se encontraba vigente para el momento en que el procesado decidió libremente optar por la aceptación de su responsabilidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la decisión del 12 de diciembre de 2019 proferida por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.
2. DEVOLVER el diligenciamiento a la corporación judicial de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

SALVÓ VOTO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

SALVÓ VOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CD. Audiencia 12 de diciembre de 2019. Record. 17:27.

2 Ibíd. Record. 20:01

3 Ibíd. Record. 33:50

4 Ibíd. Record. 43:02

7