

Allanamiento a cargos y reintegro del incremento

Carlos Andrés Guzmán Díaz¹

Introducción.

Con la introducción del Acto Legislativo 03 de 2002 se buscó ampliar las posibles salidas alternas al juicio, con la inclusión de herramientas tales como el principio de oportunidad y los acuerdos. Sin embargo, en ambos casos, el legislador ha reglamentado y puesto límites (algunos menos razonables que otros²) a tales instrumentos.

Uno de esos límites aparece en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal: cuando el sujeto activo obtiene un incremento en su patrimonio, fruto del delito, debe reintegrar el 50% y además garantizar el 50% de lo restante.

Durante mucho tiempo se entendió que esta norma estaba restringida únicamente a los acuerdos y negociaciones, es decir, en los casos en los que se lograba una condena de naturaleza anticipa por vía de consenso, lo que implica, con frecuencia, una fijación de la pena por las partes. Sin embargo, esa regla no resultaba, según se decía, aplicable en casos de allanamiento unilateral de los cargos imputados por la Fiscalía³. Esta tesis, que podríamos llamarla dualista, fue insertada desde el año 2008 por la Corte Suprema de Justicia⁴, en la que empezó a caracterizar y distinguir los acuerdos de los allanamientos a cargos.

Sin embargo, dentro del conocido caso de los hermanos Nule, condenados anticipadamente por delitos de peculado, la Corte Suprema varió su posición y retomó una tesis inicial⁵, que podría denominarse monista: allanamientos y acuerdos son lo mismo, “con todas las

¹ Doctor (PhD) en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor U. de Los Andes. Este texto corresponde a una versión actualizada de la ponencia hecha en el Primer encuentro de procuradores judiciales, el 26 de septiembre de 2019. En twitter: @CarlosGuzman122

² Así lo hemos sostenido en diferentes escenarios. V.gr., Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance de los Cinco Primeros años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia*. Bogotá, 2011, p. 47.

³ Por todas, ver decisión CSJ AP, 27 abr 2011, rad. 34829: “De allí que resulte lógico que, a la hora de aprobar el preacuerdo, al imputado o acusado que tiene la facultad de tomar parte en la determinación de los cargos que habrá de aceptar se le someta a condicionamientos más rigurosos que a quien simplemente se allana: uno de ellos es, precisamente, la exigencia de reintegrar al menos la mitad de lo percibido en los casos de delitos que involucren un incremento patrimonial, o bien asegurar el recaudo del remanente, exigencia que no pesa sobre quien unilateralmente se acoge a los cargos tal como la fiscalía se los formula”. Más adelante dice: “De lo dicho se desprende que por razón de las diferencias entre uno y otro instituto sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo más no del allanamiento.” (ib.).

⁴ CSJ SP, 8 abr 2008, rad. 25306.

⁵ CSJ SP, 23 ago 2005, Rad. 21954 y CSJ SP, 14 dic 2005, Rad. 21347. Para una detallada línea jurisprudencial al respecto, puede verse Bedoya Luis, Guzmán Carlos y Vanegas Claudia, *Principio de oportunidad, bases conceptuales para su aplicación*. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2009, pp. 276 y s.s.

consecuencias que [de tal visión] se deriven”. Nos referimos a la sentencia del 27 de septiembre de 2017 (rad. 39831).

En ella, trae a colación lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-059/10⁶, cuando sostuvo que lo pretendido es “evitar que mediante las figuras procesales de la justicia negociada, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente.”

A partir de esa decisión de la Corte Suprema de Justicia, la distinción entre allanamientos y acuerdos parece no tener mayor efecto útil⁷. En consecuencia, el reintegro de que trata el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal también se hace exigible en ambos casos.

De lo anterior, surgen algunos interrogantes que se han hecho visibles en la práctica judicial.

1. ¿A partir de qué fecha se le debe advertir al procesado que debe reintegrar, si aspira allanarse a los cargos?

Para responder esta pregunta debe fijarse el hito significativo: la ya mencionada decisión de la Corte Suprema del 27 de septiembre de 2017. Así, si la aceptación de cargos fue antes de esa fecha, no es exigible el reintegro, en tanto la persona legítimamente entendió que la tesis vigente, para ese entonces, no determinaba algún tipo de reembolso de lo incrementado⁸.

Sin embargo, conviene preguntarse ¿Qué pasa con los hechos cometidos antes de septiembre de 2017, pero con aceptación posterior? Algunas decisiones de ciertos tribunales indican que se debe revisar la fecha de los hechos, para aplicar una posible favorabilidad, lo cual parece

⁶ En ella se demandó el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en el entendido que podría generar una situación desventajosa para aquellas víctimas en hipótesis en que no hubiese ocurrido un incremento patrimonial.

⁷ Sin embargo, ya antes la misma Corte Suprema había extendido los efectos de los allanamientos a los acuerdos, y viceversa. Por ejemplo, en CSJ SP, 17 sep 2008, rad. 30299, en relación con la prohibición de rebajas por negociación en los casos previstos por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (delitos contra niños), extendió dicha restricción a los allanamientos a cargos. Lo propio hizo con la Ley 1121/06, pues en el artículo 26 sólo limitaba las rebajas a los casos de sentencia anticipada y, para esa Corte, debía entenderse allí comprendidos los allanamientos a cargos y, además, los acuerdos (CSJ SP, 14 mar 2002, rad. 24052). La discusión sobre el peso vinculante de esa decisión aún se mantiene, sin embargo, parece que es esa la tesis vigente de la Corte Suprema, motivo por el cual daremos por sentado que la jurisprudencia siguiente mantendrá ese rumbo.

⁸ Esto es lo que ocurrió en la decisión CSJ SP, 21 feb 2018, rad. 51142, en un caso por hechos relacionados con tutelas concedidas a empleados de Ecopetrol en la ciudad de Cúcuta. En ese caso no se exigió reintegro: la aceptación fue anterior ahí ocurrió el 1 de septiembre de 2017.

no ser la solución correcta, en el entendido que no se pueden alegar efectos benéficos a partir de una interpretación incorrecta de la norma⁹.

Esta tesis no es novedosa. Por ejemplo, Jakobs ofrece una solución similar en relación con la forma en que se aplica la jurisprudencia en el tiempo, incluso, de forma retroactiva, en el entendido que, de lo contrario, impediría que “la administración de justicia aprendiese de sus propios errores”¹⁰. Esto coincide con el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, al referir que es posible hablar de favorabilidad en el tránsito de *leyes* en el tiempo, pero no autoriza para hacerlo en relación con la jurisprudencia¹¹.

En consecuencia, se debe tomar en cuenta, para efectos de definir la regla aplicable, la fecha de aceptación de los cargos. Todo acuerdo o allanamiento que tuvo lugar después del 27 de septiembre de 2017 está condicionado al reintegro del valor del incremento patrimonial.

2. ¿Qué se entiende por incremento?

El incremento patrimonial no es un sinónimo de perjuicio causado. Una cosa es el daño causado, otra es el acrecimiento del patrimonio por razón del delito. El incremento es la ganancia que se deriva de un comportamiento penalmente relevante, mientras que el daño es el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona, natural o jurídica, sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, sus derechos o sus intereses.

Suele pensarse que el incremento solo se refiere a casos de delitos contra el patrimonio económico, lo cual es escasamente acertado. Cualquier evento en que la ejecución del delito derive un incremento en el patrimonio cabe dentro de esta regla¹². Estaríamos hablando de delitos tales como lavado de activos, narcotráfico, o conductas asociadas a la corrupción, entre otros que, por su naturaleza, usualmente están determinados por fines económicos.

⁹ A una conclusión análoga, pero con distinta argumentación, llegó la Corte Suprema en CSJ STP, 11 jun 2019, rad. 104902, en la que se dijo: “naturalmente, la aplicación de la variación del criterio jurisprudencial no puede tener como referencia el acaecimiento de los hechos, vale decir, comprender solamente los delitos ejecutados con posterioridad al pronunciamiento de la Corte, sino la fecha del allanamiento a los cargos, pues la decisión versa sobre un fenómeno posdelictual, de índole procesal, con repercusiones sustanciales, exclusivamente sobre el quantum punitivo previamente concretado mediante el método legal de tasación o individualización de las penas.”

¹⁰ Jakobs Günther, *Derecho Penal, Parte General*. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 126 y 127.

¹¹ Es cierto, además, que el cambio de jurisprudencia en beneficio del procesado puede generar, incluso, una acción de revisión, a pesar de ya existir condena. Pero debe tenerse en cuenta que esto sucede cuando la interpretación resultó injusta, por lo cual, ante una decisión injusta, el mecanismo que de forma adecuada limita los efectos de la cosa juzgada para corregir una sentencia de esa naturaleza, es la acción de revisión. Se insiste, una interpretación inadecuada no tiene por qué perjudicar al procesado.

¹² En igual sentido, CSJ AP, 14 may 2009, rad. 29473.

La determinación de si hubo o no incremento es uno de los aspectos más problemáticos. En este punto, como ya se indicó en otra oportunidad¹³, se debe acudir al Artículo 373 del Código de Procedimiento Penal (libertad probatoria). Corresponde a las partes probar si con ese comportamiento se generó o no un incremento patrimonial y, en su caso, el monto.

Ahora bien, el reintegro exigido debe ser, al menos, del 50% al momento de suscribir el preacuerdo o de declarar válidamente aceptados los cargos, y además se debe garantizar el restante. Pero nada dice la norma sobre la forma en que tal garantía debe materializarse.

En este punto los fiscales deberían acudir a la creatividad para que el pago del remanente se haga efectivo, por ejemplo, la constitución de una caución, algún tipo de garantía o la imposición de una medida cautelar sobre determinados bienes.

La norma tampoco dice cuándo se debe proceder al reintegro del valor remanente. Creo que la tesis más razonable se orienta a que dicho pago se produzca antes de que se *emita* el fallo. Varias razones nos llevan a esa conclusión. La primera, porque un presupuesto de validez de la rebaja concedida (como se verá más adelante) es el reintegro, pero es posible que al momento en que se produzca la aceptación de cargos no tenga el valor total a disposición, por lo que será en la sentencia el momento en que se determine si resulta viable conceder, finalmente, la rebaja a la que pretende acceder, y cuyo reintegro total se prometió al momento de aprobar el acuerdo o viabilizar el allanamiento.

Un segundo argumento tiene que ver con los efectos que el mismo sistema de justicia penal ofrece para casos análogos. Así, el artículo 269 del Código Penal señala que la rebaja de pena por reparación tiene lugar hasta “antes de dictarse sentencia de primera instancia”¹⁴. La coherencia sistémica debe mantenerse, por tanto, la regla debería operar de la misma forma¹⁵.

3. ¿A quién se debe reintegrar el incremento?

Este es uno de los temas más inexplorados en la jurisprudencia nacional. Por definición, reintegrar es entendido como un sinónimo de restitución, es decir, volver algo a quien lo tenía antes o poner algo en el estado en su estado anterior¹⁶.

En el común de los casos, esto resulta sencillo: en un hurto, se ha de reintegrar lo hurtado o su equivalente; lo propio ocurre en un peculado, una estafa y en otros delitos de contenido

¹³ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Guzmán Díaz Carlos Andrés. *Instituciones Procesales Penales Consensuales. Tomo I. Allanamiento a cargos y acuerdos de culpabilidad*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, p. 209.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1116/03.

¹⁵ Sin embargo, no se puede perder de vista que, según cierta tesis de la Corte Suprema, el reintegro en delitos contra la administración pública debe ser total. Cfr. CSJ SP, 22 jun 2006, rad. 24817.

¹⁶ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Bogotá, 2001, Tomo IX, p. 1331.

patrimonial, en los que la víctima ha tenido un detrimento como consecuencia de la conducta punible. Incluso, podría aceptarse en una concusión.

Pero ¿Qué ocurre cuando no necesariamente se ha producido tal detrimento? Pensemos en casos como el cohecho por dar u ofrecer, en un lavado de activos o en una falsedad cometida con ocasión de un pago. En estos casos, no necesariamente hubo un decremento del patrimonio de la víctima, por lo cual el concepto de *restitución o reintegro* se hace un poco más complejo.

Una solución recurrente en la práctica judicial está orientada, automáticamente, a pensar que el titular del respectivo bien jurídico debe ser el beneficiario del reintegro. En el cohecho, la entidad para la cual trabajaba el servidor público o la falsedad, la entidad a la cual se afectó con el comportamiento. Sin embargo, esos casos más parecen ejemplos de indemnización, que una verdadera restitución. Tal vez sería interesante explorar otra solución.

A esta altura, debe recordarse que la teleología normativa puesta de presente en la sentencia C-059/10, está orientada a evitar que el delito genere ganancias. Siendo así, y con el fin de evitar un *enriquecimiento sin causa*, resulta conveniente considerar que, si como consecuencia de la conducta, no se produjo un detrimento directo en el patrimonio del titular del bien jurídico, la solución no es, por simple definición, la restitución del art. 349 del CPP.

Seguirá siendo un presupuesto para la legitimidad de la rebaja; sin embargo, en los casos analizados, se propone que el dinero que deba restituir, se deposite como título judicial a nombre del respectivo despacho judicial a quien corresponda emitir la sentencia. Si se inicia el incidente de reparación integral, ese dinero podrá servir para el pago de los daños causados (ver aparte 2 de este escrito).

En caso que no se demuestre ningún tipo de daño (como en algunas hipótesis de delitos tentados) o simplemente no se promueva el incidente de reparación integral, al dinero se le debe dar el tratamiento de comiso (art. 82 del CPP), pues estamos hablando de recursos producto del delito o su equivalente¹⁷.

Considero que esta es la solución más adecuada, pues evita discusiones sobre la persona a la que debe hacerse el reintegro en casos tan sencillos, como el cohecho, aun en casos en que ni siquiera se haya afectado realmente el patrimonio de la entidad respectiva.

4. ¿Qué sucede si aceptó los cargos, pero no hubo reintegro?

¹⁷ Con más amplitud sobre la naturaleza del comiso, ver Guzmán Díaz Carlos A. “Disposición de bienes en el sistema penal acusatorio”. Revista *Derecho, debates y personas*. Año 4, No. 19, Bogotá, 2019, p. 3.

En lo que se refiere a los efectos del allanamiento en casos de no reintegro, algunos tribunales dicen que se debe declarar la nulidad; sin embargo, no parece ser la única solución, ni tampoco la más razonable.

En este punto se deben distinguir dos escenarios. El primero, si la persona aceptó cargos y no fue informado que tenía que reintegrar, el consentimiento estaría viciado y por tanto se aplicaría el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal: se corrige el acto irregular, se le pregunta si tiene interés en reintegrar y, en caso afirmativo, se concede el plazo para ello. Pero no es necesario declarar la nulidad.

En un segundo escenario, la persona acepta cargos ante el juez de control de garantías, quiere obtener sentencia condenatoria de forma anticipada, pero manifiesta que no reintegrará el monto que su patrimonio aumentó por razón del delito. En ese caso, una solución viable sería condenar sin rebaja.

La razón central de este argumento es el artículo 8° del código de procedimiento penal, en especial los literales e) y k), pues el procesado tiene derecho a no autoincriminarse, y a tener un juicio donde podrá controvertir las pruebas. Ambos son derechos que se pueden renunciar. La tesis contraria implicaría que, en los casos de no reintegro, se va a obligar a las personas a ir a un juicio, aun cuando quiere ser condenada anticipadamente. Es la misma lógica de la aceptación de cargos en desarrollo del juicio oral, como se ha explicado en otra parte¹⁸.

De todas formas, sería recomendable que en esas hipótesis el defensor ilustre al procesado sobre dos aspectos. En primer lugar, en relación con los efectos futuros que puede tener la decisión de no reparar, tanto para la libertad condicional, como para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tal como lo ha indicado la corte constitucional en sentencias C-823-05 y la C-194-05 sobre reparación y derechos de las víctimas.

En segundo lugar, el artículo 61 del código penal indica que uno de los criterios que debe tener el juez para individualizar la pena en la sentencia, sea por allanamiento, preacuerdo (sin negociación sobre sanción) o por sentencia ordinaria, es determinar si se reparó a la víctima. Así, el reintegro puede tener efectos sobre la pena que el juez va a imponer.

En consecuencia, lo que corresponde es maximizar la posibilidad de acceder al derecho a renunciar al juicio público y que el procesado conozca las consecuencias de hacerlo, si decide no reintegrar.

¹⁸ Gómez Pavajeau y Guzmán Díaz. *Allanamientos y acuerdos*, Op. Cit., p. 205. Además, esta aceptación de cargos en cualquier momento, aunque sin rebaja, está íntimamente relacionada con el derecho que tiene el procesado a ser oído en su propia causa que, como ha explicado la jurisprudencia, también puede darse en diferentes momentos del proceso (CSJ AP, 28 oct 2015, rad. 41198).

Finalmente, estas ideas expuestas en precedencia son solo algunas observaciones, aún preliminares, sobre un tema que cada día plantea nuevos retos. En otra oportunidad, posiblemente, nos ocupemos de la regulación que en materia de acuerdos existe en algunos proyectos de ley, en los que se anticipan discusiones altamente complejas sobre este mismo punto del reintegro. Por lo pronto, se debe buscar un adecuado balance entre los derechos al procesado a una pena justa y a la víctima a una adecuada reparación y justicia.