



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2016 45094
Acusado	Joban Stick Cadavid Ospina
Delitos en concurso (Art. 31 del CP).	Estafa simple y agravada. Estafa continuada. Hurto agravado por la confianza
Víctimas	Ana María Zapata Ramírez y otros
Hechos	Año 2004
Juzgado <i>a quo</i>	Veinticinco (25°) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación contra sentencia por allanamiento a cargos .
Consecutivo	SAP-S-2022-010
Aprobado por acta	Nº 113 de mayo 13 de 2022
Audiencia de exposición	Lunes 23 de mayo de 2022; hora 2:00 P.M.; Virtual
Decisión	Se confirma sentencia de condena.
Temas	Artículo 349 del CPP en allanamiento a cargos. Precedentes de la Corte, la doctrina probable. Art. 314 # 4 del CPP. Grave enfermedad incompatible con la vida en reclusión.
Tesis	No se requiere cumplir el canon 349 CPP en el simple allanamiento a cargos, solo en negociación.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, mayo veintitrés (23) de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en virtud de allanamiento a cargos en el proceso adelantado en contra del ciudadano JOBAN STICK CADAVID OSPINA.

2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO (Arts. 128. 288-1° y 337-1 CPP)

Es el ciudadano JOBAN STICK DAVID OSPINA, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 71.229.965 de Bello, Antioquia; hijo de ANA PATRICIA y OSCAR, nacido el 17 septiembre 1981; reside en la carrera 46-A N° 93-94, Medellín, Antioquia. Teléfonos: 5456248/3013778465. **Se encuentra recluso en el centro carcelario Bellavista.**

3. HECHOS

Los hechos se concretan así:

“Los hechos motivos de esta investigación han tenido lugar en la ciudad de Medellín, iniciando con lo acaecido para el año 2014 entre marzo y septiembre, en el que el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA conoció a la señora ANA MARIA ZAPATA RAMIREZ a quien se le presentó como monje de la comunidad Benedictina, dijo tener dones de liberación y se fue haciendo coger confianza de ella sacándole unos supuestos espíritus que tenía a su hermana, de esta forma fue atrayendo gente que conocía ANA MARIA, persona que había siempre deseado ser monja y a quien JOBAN le dijo que no lo había logrado por supuestas envidias, fue así como varias personas que se reunían aquí en Medellín en la casa de Ana María o de DIANA SEPULVEDA con JOBAN STICK, monje que oraba con ellos y les fue convenciendo de tener diferentes males provocados por supuestas brujerías que les hacían, así como por la envidia que les tenían, a varios les aseguró estar ellos o sus familiares en peligro de muerte, les convenció de entregar dinero y joyas para guardar en un sagrario custodiado por un padre que según él, tenía los estigmas, logrando que las víctimas entreguen dinero y joyas, se despojaron de su patrimonio así:

CARLOS ANDRES ROJAS ANGEL, entregó la suma de \$9.000.000 a partir del mes de abril de 2014, para la supuesta liberación de su esposa.

A GLORIA ELENA ORTIZ AGUILAR, JOBAN le dijo que él le podía ayudar con sus problemas y por ello le entregó \$9.576.000 entre dinero y joyas.

A BEATRIZ ELENA SIERRA ARANGO quien le conoció en la semana santa de 2014, JOBAN le dijo que un hermano de ella estaba en grave peligro que le diera \$4.500.000 para empezar a ayudarlo, después \$2.300.000 para un total de \$6.800.000 pesos.

OLGA CECILIA CARDONA RESTREPO, informó que en mayo de 2014, JOBAN STICK le dijo que su hermano está en peligro de muerte y le solicitó dinero y joyas, todo era para limpiezas espirituales, le entregó un total de \$4.600.000.

LUZ BEATRIZ SEPULVEDA AGUIRRE indicó que más o menos el 17 de mayo de 2014 le entregó a JOBAN STICK un dinero, por cuanto lo había conocido en una reunión en casa de DIANA donde él hacía sanación a un grupo de personas y actuaba como un monje religioso de la comunidad Benedictina de Guatapé, en total le entregó un valor de \$8.500.000 entre dinero en efectivo y joyas.

MARIA AURORA FLOREZ ACEVEDO, le entregó a JOBAN STICK, joyas valorizadas en \$100.000.000 de pesos, los cuales eran para bendecirlas y ponerlas en un sagrario de la parroquia de un sacerdote amigo, con el fin de dejar a una mujer que andaba

con su esposo, las joyas iban para un sagrario y después las devolvía, eso le manifestó.

JOBAN STICK manifestó que les devolvería el dinero y las joyas, al poco tiempo, pues solo se requería al parecer purificarlo en el sagrario, pero cuando pasaba el tiempo prometido, les decía que había que dar más dinero o joyas para guardar, porque el trabajo que le hacían a la persona era muy fuerte y otras cosas por el estilo, nunca devolvió dinero, ni las joyas.

Para un detrimento patrimonial de \$138.476.000 pesos, a estas víctimas de **estafa continuada**.

Por su parte, CARLOS MARIO ESPINOSA MUÑOZ, quien es sacerdote dio a conocer los siguientes hechos, que desde el 12 mayo de 2016, JOBAN STICK se le presentó como religioso de la comunidad Benedictina y fue a la parroquia SAN MARTIN DE PORRAS, donde él estaba y le pidió dejarlo trabajar allí, JOBAN encontró un muñeco Vudú de CARLOS MARIO y le dijo que a él le estaban haciendo brujería y que debía dar dinero para contrarrestar la misma, empezaron a llegarle correos de un padre ortodoxo CARLOS ALBERTO y los mensajes de WhatsApp en los cuales le pedía el dinero para contrarrestar los trabajos de brujería, le decían que había dado \$5.000.000, entonces él debía ponerle el doble, y de esta manera en entregas de \$10.000.000 de pesos, de \$7.000.000 de pesos, fue hasta que se llegó a la suma de \$52.500.000 de pesos esto era por que quien supuestamente le hacía daño estaba pagando fuertes sumas para hacerle brujerías al sacerdote según le decía JOBAN STICK y reconfirmaba el padre que le escribía y a quien nunca vio. Inicialmente el dinero se guardó ahí en la misma iglesia en el sagrario y en la casa cural, el sacerdote CARLOS MARIO sintió desconfianza y decidió verificar que el dinero estuviera ahí, cuando descorchó los paquetes había camándulas y otras cosas, no el dinero, buscó los paquetes de la habitación y tampoco estaba el dinero, cuando le preguntó a JOBAN este le dijo que el sacerdote amigo que hacía el trabajo le había dicho que se iban a entrar a robarlo y por ello se lo llevó, según él para custodiarlo en su casa, posteriormente dijo que lo tenía el supuesto padre, nunca devolvió el dinero, **configurándose el Hurto Agravado por la confianza**.

De otra parte, DANIEL GRISALES ZAPATA denunció, que conoció por Facebook a EMMANUEL ALEJANDRO CADAVID OSPINA y se encontraron el 26 de noviembre de 2016 en el Parque de los Deseos, esa noche él le conto el asunto de su hermano JULIAN GRISALES ZAPATA que estaba en la cárcel, EMMANUEL le dijo que había sido monje y que ayudaba a personas detenidas, además le dijo que tenía una tía que es fiscal y que de pronto por medio de ella podían aclarar la situación de su hermano, este mismo día EMMANUEL le mando las actuaciones del proceso y le dijo que la tía lo había visto y que la parte probatoria estaba floja, y que podía hacer programar nueva audiencia para el 30 de noviembre de 2016, pero que el juez pedía \$5.000.000, debiéndose consignar de inmediato \$2.500.000 pesos, girarlos por

Gana a nombre de ANA PATRICIA OSPINA RAMIREZ cedula 43035575, lo que efectivamente hizo su familia, ese día la fiscal MARITZA le escribió diciéndole que la audiencia se había programado para el 29 de noviembre, y le envió copia de la citación al hermano a Bellavista y le dijo que como el abogado que tenía el hermano era malo le habían contratado otro para que preparara la defensa que cobraba un millón quinientos mil pesos, esa noche le escribió y le dijo que él no había logrado conseguir la plata para el abogado, al día siguiente la fiscal Maritza le escribió diciéndole que el juez de garantías había decidido que no era necesaria la presencia del hermano que iba hacer la audiencia a puerta cerrada el 28 de noviembre, pero que requerían unos protocolos de la Sijin, la Policía, la Fiscalía y el Inpec, que debía conseguir un millón de pesos para que el juez se los diera al Director del Inpec para saltar los protocolos, pero él solo logro reunir 400.000 pesos y se los mandó nuevamente por Gana a nombre de ANA PATRICIA OSPINA RAMIREZ, al siguiente día 28 de noviembre le enviaron un oficio ordenando la libertad de su hermano del Juzgado 2 de penas, le pidió otros \$500.000 para los protocolos de la Sijin. Todas estas comunicaciones y envío de presuntos documentos de juzgados se hacían a través del correo electrónico **molinadiego1961@gmail.com** y a través de mensajes de WhatsApp. En total consignó \$2.900.000. **Estafa Agravada.**

Por otro lado, DIEGO LEON MEJIA OSORNO, denunció que conoció a JOBAN STICK en el año 2015 por internet, que no volvieron hablar, pero que posteriormente en el año 2016 como el 15 de agosto volvieron a tener contacto a través del WhatsApp, entonces le comentó que quería estudiar enfermería y le preguntó cuál universidad era buena, JOBAN STICK le dijo que la Universidad de Antioquia, que allí había estudiado él, y que era profesor de la misma, le ofreció ayudarle hacer todas las vueltas, que la inscripción valía \$185.000 y \$5.000.000 cada semestre, pero que él le ayudaba para una beca, así mismo le indicó que ese día eran las inscripciones para que él le mandara el dinero, lo cual hizo, le consignó \$193.300 por Gana el 17 de agosto de 2016, pues el día anterior le llegó un correo en el cual le decía la Decana de Enfermería que le habían aprobado una rebaja como del 75% del semestre y que por ser referido por JOBAN STICK no tenía que presentar el examen de admisión, el semestre le quedaba en \$1.500.000 pesos, que las clases empezaban el 01 de septiembre de 2016, el 18 de agosto recibió otro correo en el que la decana le notificaba haber recibido la plata de la inscripción y del semestre, él le había consignado ese día a JOBAN \$750.000, para el pago del semestre, en ese mismo correo decía que necesitaba \$750.000 para unos implementos de estudio, entonces consignó \$760.000, ya después la supuesta decana le mandó un WhatsApp diciéndole que necesitaba dos libros que valían \$300.000 pesos, entonces el 20 de agosto de 2016 le mandó 200.000 pesos a JOBAN, después le dijo que necesitaba \$289.000 para una integración que iban a ir a Cartagena estudiantes, JOBAN le dijo que se consiguiera la mitad, que él le daba la otra mitad, consignándole la suma de \$147.500 pesos, después le hizo girarle la suma \$86.000 que para activar una cuenta, después del 26 de agosto le hizo consignarle la suma de \$106.000 que para una ropa

para el viaje a Cartagena, después \$244.000 pesos para libros y por último \$200.000 pesos que le pidió prestados, para un total de 3.036.800 pesos. **Estafa Agravada.**

Con fecha 6 de junio de 2018, denunció la señora OMAIRA GEMMA CALLE a JOBAN STICK a quien conoció para el año 2017, por cuanto una prima les dijo que él podía ayudar para la enfermedad que tenía su hermana puesto que trabajaba con SAN MIGUEL ARCANGEL así fue como se reunió con toda la familia y a todos los fue convenciendo de que les estaban haciendo maleficios, a su hermana, a su mamá, a su papá LUIS ALFONSO, a ella por ayudarles, a su esposo, los hijos de su hermano, todos fueron quedando en medio de la situación, JOBAN decía que le entregaran el dinero para hacer una contra al maleficio que según él le hacían a cada uno, que a los ocho días les devolvería el dinero, lo devolvía porque era para guardarlo en un sagrario, pero cuando llegaban los ocho días, resulta que JOBAN descubría otro maleficio a otro miembro de la familia y entonces que había que dar más dinero y así fue como ella le entregó cerca de 33 millones de pesos y con el dinero aportado por su familia, fueron cerca de 60 millones lo que le entregaron, JOBAN primero decía que el dinero lo tenía el padre JONATAN, después que las Hermanas de la Visitación, pero finalmente se supo que no era cierto, él aseguraba que ya les iba a devolver el dinero, pero siempre les quedaba mal. **Estafa simple.**

DERLY KATERINE CARMONA ZAPATA, se contactó con JOBAN STICK por medio de dos tías, suyas a quienes él les estaba haciendo un trabajo, cuando se contactó con él en noviembre y diciembre de 2016 le dieron un supuesto teléfono de un padre de nombre DANIEL SARMIENTO OÑORO, por WhatsApp ella le envió una foto y él le dijo que estaba en grave peligro que tenía que dar un dinero para unos velones, de igual firma dijo que a su marido que estaba en la cárcel lo iban a matar allí, pidió dinero para contrarrestar el trabajo que le estaban haciendo por lo que una cuñada suya consignó la suma de \$2.800.000, puesto que iban a lograr que su esposo saliera de la cárcel, en total le consignaron la suma de \$2.930.000 por Gana a nombre de ANA PATRICIA OSPINA RAMIREZ. **Estafa Simple**".

4. ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

El 27 de octubre de 2020, ante el juzgado 42 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías el ente acusador formuló imputación a JOBAN STICK CADAVID OSPINA, como autor responsable de la conducta punible de concurso homogéneo de estafa agravada, hurto agravado por la confianza, estafa simple y estafa continuada.

Mismos delitos por los cuales se profirió acusación.

Le correspondió el asunto al juzgado 25 Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Medellín.

En la audiencia de formulación de acusación el procesado se allanó a los cargos, por lo que el operador judicial, procedió a realizar las verificaciones de rigor. Se anunció el sentido de fallo condenatorio.

Desde la audiencia del Art. 447 del CPP el señor Fiscal, doctor ALVARO MIGUEL HERNANDEZ PIANETA, refiere que el procesado no reparó a las víctimas, ni siquiera el 50% del valor de lo apropiado; es decir, no hizo ningún esfuerzo económico por reparar a las víctimas, razón por la cual no tiene derecho a beneficio alguno. En ese orden, no se cumpliría con el requisito objetivo del Art. 38 B, numeral 1°, del CPP, razón por la cual no procedería la prisión domiciliaria.

El representante del Ministerio Público, doctor TOMAS FLORENTINO SERRANO SERRANO, expresó que el procesado tuvo voluntad de reparar a las víctimas, pero por su situación económica no puede hacerlo. En efecto, como lo manifestó la Fiscalía no reparó a las víctimas, pero de todas maneras va a obtener una rebaja producto de una aceptación voluntaria, pues innegablemente le ahorró esfuerzos a la judicatura.

Los apoderados de víctimas coadyuvaron la solicitud del delegado Fiscal.

La apoderada del implicado, doctora OLGA LUCIA TOVAR ADARVE, solicitó la imposición de penas mínimas. No se reparó integralmente a las víctimas, pero colaboró con la justicia hizo una aceptación unilateral de los cargos, así pues, la rebaja no es un beneficio es un derecho que tiene.

En cuanto a los subrogados o sustitutos penales, la defensa es consiente que no aplicarían por expresa prohibición legal, por eso la defensa no hace alusión o petición alguna. Sin embargo, hizo solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento Art. 314 numeral 4° por grave enfermedad.

El procesado, ofreció disculpas públicas a las víctimas.

Se dictó sentencia de condena en virtud de allanamiento a cargos por parte del Juez 25° penal del circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad. Se reconoció rebaja de pena por aceptación de cargos.

Se declaró responsable penalmente al implicado por los delitos endilgados e impuso una condena de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de quinientos cincuenta y seis punto once (556.11) smlmv con la accesoria de rigor.

Negó la suspensión condicional de la pena del Art. 63 del C.P.

Concedió la ejecución de la pena privativa de la libertad por la domiciliaria, acorde al Art. 314 del CP.

Advirtió que las víctimas no fueron indemnizadas lo que daría lugar a iniciar el incidente de reparación integral.

Sobre la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por el lugar de residencia, acorde al Art. 314 #4° grave enfermedad, refirió textualmente:

“Ante los padecimientos que presenta el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA, no hay otra alternativa diferente a la de autorizar el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad contenida en el artículo 68 del Código Penal, pues,

aunque se entienda, en principio, que la reclusión domiciliaria y hospitalaria por enfermedad muy grave solo opera para el momento de la emisión de la sentencia, no sería justo ni equitativo a que se espere la ejecutoria de la misma para que sea el de Ejecución de Penas quien se pronuncie al respecto. No puede perderse de vista que el médico legista, se itera, determinó que el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA, padece un estado grave de enfermedad incompatible con la reclusión formal.

Así las cosas, nada se opone a que se autorice que la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta al señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA, se lleve a cabo en su residencia, máxime que en esta foliatura no se tiene conocimiento que al momento de la comisión de la conducta tenga una pena suspendida por este mismo motivo. Toda vez que el médico forense conceptuó que es indispensable que el examinado tome la totalidad del tratamiento farmacológico prescrito, de manera continua e ininterrumpida, pues la suspensión del tratamiento farmacológico pondría al evaluado en altísimo riesgo de presentar una recaída de la enfermedad mental que padece con riesgo de auto o hetero agresión. No puede perderse de vista que en seis (6) meses debe llevarse a cabo una nueva valoración médico legal para determinar sus condiciones de salud y poder determinar si persiste o no la situación que dio lugar a la concesión de esta medida. En todo caso el penado, JOBAN STICK CADAVID OSPINA, deberá otorgar una caución prendaria de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con la cual garantiza el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, en armonía con el artículo 68 de la misma codificación, a saber: Solicitar al funcionario judicial autorización para cambio de residencia, observar buena conducta, comparecer ante la autoridad que vigile el cumplimiento de la pena y permitir la entrada a su residencia del personal encargado de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión”.

5. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL FISCAL: EXISTE UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL QUE SE DEBE RESPETAR EN EL SENTIDO DE APLICAR EL ART. 349 DEL CPP AL ALLANAMIENTO A CARGOS

El delegado Fiscal, doctor ALVARO MIGUEL HERNANDEZ PIANETA, interpuso y sustentó recurso de apelación expresando que en este asunto el implicado se allanó a cargos y sin embargo el juzgador le concedió la rebaja de pena propia de la aceptación unilateral de cargos sin haber dado previamente cumplimiento al artículo 349 del CPP.

Agrega que se desconoció el precedente jurisprudencial de nuestro máximo tribunal de justicia ordinaria, quien mediante providencia CSJ SP 14496 del 27 de septiembre de 2017 (radicado N°39.831) cuando consideró que:

“la sala concluye que indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si

el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el Art. 349 de la Ley 906 de 2004”.

Bajo tales consideraciones y, principalmente que las decisiones judiciales se han acoplado de manera pacífica, en una obsecuente aplicación de dicha jurisprudencia, no cabe la menor duda, que al conceder un beneficio punitivo, como el que se otorgó al señor CADAVID OSPINA, sin que se hubiese reintegrado los dineros que por concepto de incremento patrimonial obtuvo con ocasión de los delitos cometidos, estaríamos negando la existencia del condicional contenido en el Art. 349 del CPP bajo justificaciones argumentativas, que por más contemporizadoras que sean, riñen con un criterio igualmente razonable que la Corte Suprema de Justicia reexaminó y consideró imperativo cumplir, en punto a una justicia material., en los que el incremento patrimonial deberá ser restituido para gozar del beneficio que hoy se concedió.

La Fiscalía no pretende revivir esa discusión si el allanamiento a cargos es igual o no a los preacuerdos; y, si la aplicación del Art. 349 del CPP solo cobija a esta última forma de negociación, lo que hoy nos motiva a sustentar el recurso de apelación, es que **existe un pronunciamiento jurisprudencial que se debe respetar**. Además, porque su aplicación e interpretación es mayoritariamente aceptada y publicitada desde la audiencia de imputación por los jueces de garantías.

Por lo expuesto, solicitó revocar la sentencia de primer grado, en el sentido que la pena en contra del procesado deberá partir de ciento ocho (108) meses de prisión, sin derecho a la rebaja por haberse allanado, como en efecto lo concedió el *a quo*.

6. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LOS APODERADOS DE LAS VÍCTIMAS: NO EXISTE ENFERMEDAD GRAVE INCOMPATIBLE CON LA VIDA EN PRISIÓN

Los apoderados de víctimas, doctores EDWIN JAVIER JULIO MENDEZ Y MATEO ANDRES ZAMBRANO MONTOYA, solicitaron confirmar la sentencia de primera instancia, pero **REVOCARLA** en cuanto a la concesión que se hizo del sustituto de la medida de detención en centro carcelario por la domiciliaria atendiendo a la grave enfermedad del procesado. (Art. 314 # 4° del CPP)

El juzgador tomó la decisión con base en un dictamen confuso, pues de manera equivocada concluyó que el profesional de medicina legal dictaminó “*enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión*”, cuando ello no fue así.

Léase detenidamente lo que consignó el galeno:

“ni el trastorno depresivo recurrente, actualmente en episodio depresivo moderado, ni los rasgos de personalidad disfuncionales del cluster b que presenta el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA constituyen un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal”

Del diagnóstico se puede inferir que el procesado puede cumplir la pena en establecimiento carcelario.

En otra parte del dictamen, además de reiterarse en los trastornos recurrente y moderados que padece el condenado, el perito menciona que los tratamientos pueden realizarse de una manera “*Ambulatoria*”, queriendo decir que puede desplazarse hasta el lugar destinado y volver al penal, toda vez que, este tipo de procedimientos no requieren hospitalización y permiten a los pacientes reintegrarse rápidamente a sus labores cotidianas.

Así se consignó:

“El trastorno depresivo recurrente, actualmente en episodio depresivo moderado, ni los rasgos de personalidad disfuncionales del cluster b que presenta el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA requieren tratamiento por especialista en psiquiatría el cual puede adelantarse de manera ambulatoria”.

Entonces, el procesado puede soportar la medida intramural impuesta.

Por otro lado, también concluyó:

“Aunque la sintomatología psiquiátrica que exhibe el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA no le impide un adecuado contacto con la realidad ni condiciona conductas auto ni heterolesivas, **las condiciones del penal no favorecen su recuperación**”.

Según el diagnóstico del perito se puede determinar con precisión que el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA no tiene ningún inconveniente que no le permita desarrollar su actividad cotidiana en el centro carcelario, este puede llevar a cabo todas sus actividades de tratamiento con respecto a su salud, posibilitando así un adecuado contacto con la realidad.

Cabe hacer mención que hacer este tipo de apreciaciones está fuera del alcance de las facultades del perito, es importante traer a colación lo expresado en la guía para la realización de pericias psiquiátricas forenses sobre el estado de salud mental del privado de la libertad –*Estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal*– en el acápite aspectos que están por fuera del alcance de esta guía forense, literal D:

“No aplica para evaluar si un establecimiento carcelario o penitenciario, brinda determinadas condiciones de atención en salud mental, requeridas por una persona privada de la libertad, cuestión que compete a las autoridades penitenciarias y carcelarias, apoyadas en el servicio de sanidad respectivo”.

La expresión “*las condiciones del penal no favorecen su recuperación*” fue la que generó la confusión al momento de analizar el dictamen del perito como medio probatorio, razón por la cual, aunque el procesado no presenta “*grave enfermedad*” se crearon las condiciones para que se infiriera que dentro del establecimiento carcelario no se brindarían las garantías para su recuperación.

La conclusión del dictamen es confusa, por lo que permitió inducir en error al juez, quien en últimas consideró en la sentencia que el procesado padece de “*grave enfermedad*” cuando esto no fue lo dictaminó el galeno.

7. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta puntual a los argumentos presentados por los recurrentes.

8. LA CENSURA DEL DELEGADO DE LA FISCALÍA

El precedente es una regla de derecho fijada mediante el empleo de una providencia judicial a través de la metodología de “*caso análogo*” o a través de la “*doctrina probable*” de la Corte. Es posible apartarse siempre y cuando se cumpla (i) la carga de transparencia y (ii) la carga de argumentación¹.

El Artículo 4º Ley 169 de 1896 establece la ***doctrina probable***². Los jueces pueden apartarse de la doctrina probable para lo cual “*están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia*”³. Se garantiza en todo caso la autonomía e independencia judiciales.

8.1 MARCO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 349 DEL CPP

Expresa el canon 349 de la Ley 906 de 2004:

Artículo 349. Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-059 de 3 febrero 2010.

Se expresó en la mencionada sentencia de constitucionalidad: “*En este orden de ideas, la norma acusada, antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales*”.

El fiscal del caso deberá establecer probatoriamente este aspecto, a efectos de una posible negociación, pues el valor no es de libre creación de las partes⁴.

No se puede confundir el reintegro del incremento percibido producto del delito con la indemnización de los daños causados a la víctima de aquél, rubros independientes que tienen naturalezas jurídicas distintas.

¹ López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Segunda edición, Editorial Legis, Bogotá, 2008, p. 84 y ss.

² Artículo 4º. *Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.*

³ Corte Constitucional Sentencia C-836 de 2001.

⁴ CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

Este requisito debe ser establecido con suficiente por el juez de conocimiento⁵.

8.2 JURISPRUDENCIA EN EL SENTIDO QUE EL CANON 349 DEL CPP SE DEBE CUMPLIR EN LA NEGOCIACIÓN Y EN EL ALLANAMIENTO A CARGOS

La Sala Penal de la Corte sostuvo en una línea jurisprudencial que se inició con la providencia CSJ SP, 8 abril 2008, rad. 25.306, que no había similitud entre allanamiento y preacuerdos; es decir, que son institutos diferentes. La consecuencia necesaria de la tesis es que el Art. 349 del CPP se aplica a la negociación, mas no al allanamiento a cargos.

Esta tesis se mantuvo hasta la sentencia CSJ SP, 27 septiembre 2017, rad. 39.831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, retomando la tesis del proveído CSJ SP, 23 agosto 2005, rad. 21.954, que allanamientos y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, con la consecuencia que el canon 349 CPP se aplica a ambos institutos.

Luego, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (por mayoría), en algunas providencias, y a modo de *obiter dicta*, indicó que el canon 349 del CPP se debe aplicar a la negociación y a la aceptación unilateral de cargos.

Mediante providencia CSJ AP 4884-2019, rad. 54.954 de 30 octubre 2019, ya a modo de *ratio decidendi*, la Corte asume que el canon 349 del CPP se aplica a la justicia premial en sus vertientes de negociación y allanamiento a cargos. La decisión contó con salvamento de voto en ese tema puntual.

En la línea jurisprudencia entonces, 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 2004⁶.

Criterio reiterado en CSJ AP 1906-2020, rad. 56.254 de 12 agosto 2020, en un caso donde el implicado se allanó a cargos de estafa agravada en modalidad masa y el juez de control de garantías le advirtió reiteradamente que no tendría rebaja de pena por aceptación de cargos por no haber dado cumplimiento al Art. 349 del CPP. Se afirmó en esta providencia que las subreglas judiciales llamadas a regir el caso son las vigentes para la época en que se produce la aceptación de responsabilidad.

Esta providencia contó con un salvamento de voto en el sentido que en el allanamiento a cargos no aplica el Art. 349 del CPP y la vía adecuada para la reclamación de perjuicios es el incidente de reparación integral

Luego se dictó la providencia CSJ SP 287-2022, rad. 55.914 de 9 febrero 2022, que contó con 4 salvamentos de voto.

Los salvamentos de voto a la providencia CSJ SP 287-2022, rad. 55.914 de 9 febrero 2022, los podremos sintetizar así:

⁵ CSJ SP 2295-2020, rad. 50.659 de 8 julio 2020.

⁶ CSJ AP 4884-2019, rad. 54.954 de 30 octubre 2019.

➤ **Salvamento de voto del magistrado Gerson Chaverra Castro**

Se desatiende el tenor literal del canon 349 del CPP que hace referencia a que “*no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía*”, según los artículos 27, 28 y 29 de la Ley 57 de 1887, así que se hace una interpretación *in malam partem*, proscrita por el ordenamiento jurídico. En efecto, se extiende lo odioso de una disposición a una institución jurídica que lo excluye (Art. 31 Ley 57 de 1887, Art. 6º CP).

En la aceptación unilateral de cargos también están preservados los derechos de las víctimas por vía de los diferentes mecanismos previstos en el ordenamiento procesal que van desde aquellos de justicia restaurativa, hasta el incidente de reparación integral o la acción de extinción de dominio.

El allanamiento sin reintegro previo, como el preacuerdo con el cumplimiento del artículo 349 del CPP, no es incompatible con la reparación integral.

➤ **Salvamento de voto del magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán**

Dentro del marco de la normatividad de la Ley 906 de 2004, 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.

La imposición analógica del canon 349 de la Ley 906 de 2004, a los allanamientos, supone una analogía *in malam partem*.

Lo exigido por la Sala mayoritaria afecta de manera ostensible los presupuestos teleológicos y materiales que dentro del espectro de la justicia premial animan el sistema dispuesto en la Ley 906 de 2004, al punto de obligar llevar a juicio todos estos asuntos, con evidente daño a los postulados de celeridad y economía procesales, para no hablar de la posibilidad enorme de congestión, que conduzca a absoluta inmovilidad.

El artículo 349 del CPP no está dirigido a resarcir perjuicios a las víctimas. Hay otras formas para resarcir a la víctima: medidas cautelares de embargo y secuestro, prohibición de enajenar bienes en los términos del Ar. 97 CPP, medidas al amparo del Art. 92 del CPP, suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, contemplada en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, el incidente de reparación integral de perjuicios.

➤ **Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar**

Un acuerdo depende de que el acusador esté dispuesto a celebrarlo, y por ello es que existe el allanamiento a cargos.

Lo anterior aparece claramente reflejado a lo largo de la Ley 906 de 2004, así: (i) el artículo 287 dispone que es deber de la Fiscalía relacionar los hechos

jurídicamente relevantes e informarle al imputado sobre la posibilidad de allanarse a la imputación; (ii) el artículo 356, que regula la audiencia preparatoria, establece que el juez debe darle la oportunidad al procesado de manifestar “*si acepta o no los cargos*”, y, de hacerlo, “*procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer*”; y (iii) los artículos 367, 369 y 369 regulan la misma actuación, en el juicio oral, con la diferencia de que, ante la aceptación de los cargos, el procesado “*tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena*”.

Es claro que el legislador, acorde con la tradición jurídica en esta materia, a la par de las formas consensuadas de terminación de la actuación penal (acuerdos y principio de oportunidad, principalmente cuando, en este último ámbito, se trata de las causales de colaboración), estableció la posibilidad para el procesado de someterse unilateralmente a los cargos estructurados por la Fiscalía en la imputación y la acusación.

La introducción de las dos figuras refleja el propósito de establecer formas de terminación consensuada de la actuación penal, así como la posibilidad de que el procesado pueda acceder a ciertos beneficios de forma unilateral, esto es, sin depender de la voluntad del acusador. Por demás, esta interpretación se ajusta totalmente al principio hermenéutico del **efecto útil**, en cuanto privilegia la interpretación que genera consecuencias jurídicas, sobre aquella que hace irrelevante la disposición legislativa que diferencia las dos figuras.

En el artículo 351 del CPP se refirió a la aceptación de cargos como un “*acuerdo*”, ello no constituye razón suficiente para eliminar la diferenciación entre las dos figuras, por las siguientes razones: (i) en las normas que regulan la imputación, la audiencia preparatoria y el juicio oral, se estableció la obligación de darle la oportunidad al imputado o acusado de aceptar los cargos, a cambio de una rebaja claramente establecida en la ley; (ii) en ninguno de esos eventos el legislador dispuso que, a renglón seguido, las partes tuvieran que celebrar un acuerdo; (iii) por el contrario, como sucede con la regulación prevista en los artículos 396 y siguientes, consagró la obligación de diferenciar en qué eventos el sometimiento a la condena corresponde a una decisión unilateral, y cuando es producto de un consenso; y (iv) de hecho, estableció consecuencias distintas, pues, en el primer caso, el juez debe aplicar la pena que corresponda, disminuida en los porcentajes previstos en la ley, mientras que, en el segundo, debe estarse a la pena establecida por las partes, siempre y cuando no se presente la violación de derechos o garantías.

Existen múltiples herramientas con las que cuenta el Estado para evitar que el delito se convierta en fuente de riqueza, entre las que se destacan la extinción de demonio –con las notorias prerrogativas otorgadas para la persecución de este tipo de bienes-, así como la penalización del testaferrato y el lavado de activos.

Exigir que en todos los eventos de aceptación unilateral deba existir un acuerdo sobre la pena, contraría lo establecido por el legislador sobre las funciones del juez frente a esta forma de terminación del proceso, pues los artículos 356 – cuando la aceptación de cargos ocurre en la preparatoria- y el artículo 367 – cuando ello sucede en el juicio- disponen que el juez procederá a aplicar las rebajas allí previstas, “*a la pena imponible respecto de los cargos aceptados*”.

La devolución prevista en la norma no puede asimilarse a la reparación a las víctimas (C-059 de 2010).

El ordenamiento procesal penal consagra límites diferentes para la aceptación unilateral a los cargos y para los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y el procesado.

La redacción del artículo 349 es incompatible con la aceptación unilateral de cargos

➤ **Salvamento de voto del magistrado Fernando León Bolaños Palacios**

Comparte las razones de los salvamentos de voto de sus colegas de Sala.

Adicionalmente, el artículo 349 del CPP menciona exclusivamente a “*acuerdos o negociaciones*”, sin aludir expresa ni tácitamente a los allanamientos. Si ello es así, no se vislumbra razón válida para discernir intrincadamente acerca de por qué los allanamientos habrían quedado abarcados por el espectro restrictivo del artículo 349 en comentario.

El allanamiento a cargos es un derecho puro y simple del implicado, que este puede ejercer o no, de manera unilateral; al punto que para ello ni siquiera es preciso que dialogue al respecto con la Fiscalía General de la Nación; y los delegados no están facultados para oponerse a su trámite, bajo el pretexto de que el delito es muy grave, o que le parecen muy generosas las disminuciones de la pena que genera; y ni siquiera que cuentan con las pruebas necesarias para conseguir una condena en el juicio oral.

En cambio, los preacuerdos y negociaciones son un proceso dialéctico, contractual, con expresión de expectativas, tanto de la Fiscalía como de la defensa; y en cuyo desarrollo suelen presentarse discusiones acerca de las pretensiones de cada parte. La negociación se fundamenta en motivos de oportunidad, economía y conveniencia no sólo para el implicado, sino también, en modo preponderante, para el Estado-Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, un giro en la política criminal del Estado, para condicionar el allanamiento a cargos al reintegro, al menos parcial, del incremento patrimonial, no corresponde hacerlo desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; pues, en atención a la restricción de derechos que involucra, con efecto en las penas imponibles, debe pasar por el legislador y, si fuere el caso, adoptarse por medio de un cambio normativo, luego del debate democrático.

8.3 EL CANON 349 DEL CPP NO APLICA AL SIMPLE ALLANAMIENTO A CARGOS

➤ **Argumentos desde la misma ley**

Desde **la misma ley** se infiere que los preacuerdos y los allanamientos son diferentes, ontológicamente y en sus consecuencias, aunque hacen parte del género de terminación anticipada del proceso penal.

En efecto, expresa el artículo 293 CPP que “*Si el imputado por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación*” (se subraya). Esa “o” es disyuntiva, no copulativa.

La *oración coordinada* es un tipo de oración compuesta que está formada por dos o más oraciones unidas por conjunciones o por locuciones conjuntivas (conjuntos de palabras que funcionan como una conjunción).

La *oración coordinada copulativa* indica unión o suma y se caracteriza por estar unida mediante un nexo copulativo y la oración coordinada disyuntiva está formada por dos oraciones que se contradicen, unidas normalmente por la conjunción o⁷.

El artículo 61 CP, parte final, expresa que “*El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa*”.

Lo dicho, porque en el allanamiento, que no es negociación, es el juez quien impone la sanción a través del sistema de cuartos de movilidad (Art. 61 CP). En el allanamiento, en cambio, la fiscalía ni la defensa fijan los cuartos de movilidad donde el sentenciador ha de imponer la sanción.

Expresa el mismo artículo 351 del CPP:

Artículo 351 CPP: La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación (...).

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. (...).

En el evento que la fiscalía (...) proyecte formular cargos distintos y más gravosos (...), **los preacuerdos deberán referirse a esta nueva y posible imputación**. (se subraya).

Según la norma hay una aceptación de cargos (unilateral, que es el allanamiento a cargos) y al lado **también** existe el acuerdo entre “*el fiscal y el imputado*”.

Aunque esa “*igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada*”⁸ está referida a que, en la terminación anticipada del proceso penal, el género⁹ son las “*negociaciones*” y las especies¹⁰ corresponden a los “*acuerdos*” (preacuerdos) y los allanamientos (aceptaciones). El “*acuerdo*” no es el género.

La diferenciación igualmente se desprende de las expresiones utilizadas en los artículos 288-3, 356-5 y 367-2 del CPP.

Finalmente, expresa la Ley 1761 de 6 de julio de 2015 que regula el *Feminicidio*.

Artículo 5º Preacuerdos: La persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar un medio del beneficio de que

⁷ <https://open.books4languages.com/spanish-a1-grammar/chapter/oraciones-coordinadas-copulativas-y-disyuntivas/>

⁸ <https://dle.rae.es/tambien>

⁹ Según el DRAE: 1. m. Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes.

¹⁰ Según el DRAE: 1. f. Conjunto de elementos semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes.

trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias.

Norma que claramente se refiere a las especies de allanamiento y preacuerdos, con consecuencias diversas.

➤ **Argumentos desde la doctrina expuesta en los salvamentos de voto**

En la terminación anticipada del proceso penal, el género son las “*negociaciones*”, las especies corresponden a los acuerdos (preacuerdos) y los allanamientos (aceptaciones). El “*acuerdo*” no es el género.

La acción a ejecutar en los verbos transitivos (“*celebrar*” del Art. 349 CPP), en el plano personal, no se revierte en el mismo que la ejecuta sino en otro, involucra al menos a dos personas, en este caso, al fiscal y al inculcado y su defensor, premisas estas que conllevan a caracterizar el preacuerdo como un acto de carácter bilateral, naturaleza propia del acuerdo o preacuerdo, de la que no participa el allanamiento o aceptación unilateral.

La aceptación o el allanamiento a cargos es un acto unilateral del inculcado o inculcado. Así lo estableció el legislador con autoridad al señalar en el artículo 283 del C. de P.P. que:

Artículo 283. Aceptación por el imputado. La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga.

Las diferencias del allanamiento y el preacuerdo las marcan el momento procesal en que proceden, las facultades de cada parte, la citación o intervención de la víctima, la oportunidad procesal en que pueden estructurarse, el beneficio a obtener (rebaja de pena solamente en el allanamiento) y los ámbitos de movilidad para determinarlos (en los preacuerdos rebaja de pena, readecuación típica, eliminación de un cargo, etc.), la imposibilidad del fiscal para oponerse al allanamiento (que no existe en el preacuerdo), salvo afectaciones con trascendencia constitucional, la decisión del inculcado de naturaleza unilateral en los allanamientos y de carácter bilateral en los preacuerdos, además que el fundamento del preacuerdo es un acuerdo de voluntades, mientras que el allanamiento se estructura con una adhesión del inculcado a la imputación del fiscal.

El artículo 349 del C.P.P. es de carácter prohibitivo y por ende de aplicación restrictiva por el juzgador, y si se aplica al allanamiento a cargos será una analogía in *malam partem*.

El principio de legalidad está contemplado en el Art. 29 incisos 2° y 3° de la Carta; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 9°; Código de Procedimiento Penal, Art. 6°; Código Penal, Art. 6°, entre otras disposiciones.

Una de las prohibiciones que emana del principio de legalidad (*nulla poena sine lege*) es la **prohibición de analogía**, pues no es posible crear figuras penales, imponer penas y medidas de seguridad por vía analógica.

En el derecho punitivo, a diferencia de los demás sectores del plexo normativo, no es posible llenar lagunas y vacíos legales (ausencia de disposición legal) con base en normas semejantes, pues de esa manera podría lesionarse la seguridad jurídica, tenida como intangible por el Estado social y democrático de Derecho¹¹.

La analogía, en palabras de la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. Su justificación se encuentra en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración dimana del artículo 230 de la Constitución.

Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como **analogía legis**, y se la contrasta con la **analogía juris** en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

En materia penal, la prohibición de la analogía no es absoluta.

En efecto, expresa la parte final del canon 6° del Código Penal:

Artículo 6°. **Legalidad.** (...).

(...)

La analogía solo se aplicará en materias permisivas.

Postulado que también está contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.

De la anterior disposición se desprende:

Uno: Que en materia penal se excluye la aplicación en disfavor del reo: *in malam partem*.

Dos: Se permite la aplicación analógica en cuanto beneficia al procesado: *in bonam partem*.

¹¹ Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 88-89.

La analogía como método jurídico que permite extender los efectos de la ley a un caso parecido no previsto en ella conduce a la aplicación de la norma a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero similar a otros que sí aparecen contenidos en el texto legal¹², lo cual exige en el cuerpo normativo la existencia de la disposición que contenga hechos semejantes al que pretende ser abarcado por esta¹³.

La analogía es la relación de semejanza entre dos cosas distintas.

En sentido lógico corresponde a una forma de razonamiento o inferencia similar a un silogismo en la cual una de las premisas es esa relación de semejanza.

La relación de similitud ha de partir del estudio de las propiedades y finalidades de una cosa a fin de compararlas con la otra y establecer así los puntos en común en aspectos tanto cuantitativos, como cualitativos.

Denominada en latín *exemplum* o razonamiento por vía de ejemplo, es explicada mediante la siguiente fórmula; A es B; C es similar a A; Luego C es B.

Jurídicamente se la conoce con el aforismo *ubi eadem ratio; ibi eadem dispositio juris debet* (**donde existe la misma razón; deben aplicarse las mismas disposiciones de derecho**) y se traduce en atribuir a un caso no regulado el tratamiento de uno que si es abordado legalmente.

Entonces, bajo los principios fundantes de justicia y equidad, la analogía se constituye en una forma de razonamiento, de argumentación y valoración jurídica realizada con posterioridad al procedimiento interpretativo en el cual no se encuentra norma aplicable al caso en estudio, y que busca ante la similitud de elementos y características que un hecho no previsto por el legislador reciba el mismo tratamiento de uno expresamente regulado¹⁴.

Recuérdese que el numeral 10 del Artículo 55 del Código Penal, expresa que también es circunstancia de menor punibilidad: “10. *Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores*”.

Disposición que permite, a no dudarlo, la aplicación analógica porque es en beneficio del procesado.

ANALOGÍA EN MATERIA PENAL	
Analogía <i>in malam partem</i>	Analogía <i>in bonam partem</i>
Prohibida en el ordenamiento jurídico penal.	Permitida expresamente en el ordenamiento jurídico penal (Art. 55-10 CP).

Así entonces, la ponderación, inherente a la aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización, se traduce en hacer efectivo el *principio pro homine*, en virtud del cual se coloca a la persona humana como valor superior, primero, torna efectiva la concepción antropocéntrica de la Carta Política,

¹² Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, Parte general*, Quinta Edición, Barcelona, 2002, p. 86.

¹³ CSJ SP 5104-2017, rad. 40.282 de 5 abril 2017.

¹⁴ CSJ SP rad. 26.136 de 26 agosto 2009.

también llamada *dogmática ius humanista*, que se materializa frente a otros fenómenos jurídicos¹⁵, tales como:

- 1) Limitar lo menos posible y sólo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal (***principio favor libertatis***).
- 2) Resolver la duda a favor del sindicado (***principio in dubio pro reo***).
- 3) Presumir la inocencia del procesado hasta que obre decisión definitiva ejecutoriada por cuyo medio se declare su responsabilidad (***principio de presunción de inocencia***).
- 4) No agravar la situación del condenado cuando tenga la condición de impugnante único (***principio non reformatio in pejus***).
- 5) Aplicar la analogía sólo cuando sea beneficiosa al inculcado (***analogía in bonam partem***).
- 6) Preferir en caso de conflicto entre distintas normas que consagran o desarrollan derechos fundamentales la que resulte menos gravosa en punto del ejercicio de tales derechos (***cláusula de favorabilidad en la interpretación de derechos humanos***).

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 CPP 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) y no comprende los allanamientos.

➤ **Evitar que se obtengan beneficios punitivos sin comprometer sus fortunas**

En la Sentencia C-059 de 2010, se dijo por la Corte Constitucional

“En este orden de ideas, la norma acusada, antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales”.

Esta expresión no puede servir para aplicar, por analogía *in malam partem* las obligaciones del canon 349 del CPP al simple allanamiento a cargos.

En efecto, los bienes en el proceso penal cumplen diferentes funciones, así:

BIENES EN EL PROCESO PENAL	
1. Como evidencia física o elemento	Art. 275 CPP

¹⁵ CSJ SP rad. 23.567 de 4 mayo 2005.

material del delito	
2. Como objeto material del delito	Ejemplo, vehículo objeto de falsedad marcaria por regrabación de sus seriales. Es que <i>“un vehículo con sus piezas regrabadas es el objeto material de un delito y, por eso, no puede ser un bien de libre comercio”</i> ¹⁶
3. Como medio de reparación susceptible de medidas cautelares	Art. 11-c, Art. 22 y el Art. 114-12 CPP
4. Como medio de sanción o pena, con finalidad de comiso	Arts. 82 y 83 CPP
5. Susceptible para promover la acción de extinción del derecho de dominio	Arts. 34 y 58 C. Pol., La extinción del derecho de dominio y el procedimiento para hacerla efectiva fue inicialmente regulada por la Ley 333 de 1996, posteriormente derogada por la Ley 793 de 2002. Esta última fue objeto de varias modificaciones introducidas con las Leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011. Finalmente fue sustituida por la Ley 1708 de 2014, denominada Código de Extinción de Dominio, con las modificaciones de la Ley 1849 de 19 julio 2017. Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003

Además, la víctima siempre cuenta con la posibilidad de iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios (Art. 102 y ss. CPP), en principio, salvo situaciones de ***privilegio exorbitante*** como es el caso de la DIAN.

➤ **Conclusiones frente a la censura del delegado fiscal**

No se accede al pedimento del censor.

La sentencia en cuanto a este aspecto queda incólume.

8.4 LA CENSURA DE LOS APODERADOS DE VÍCTIMA SE CENTRÓ EN LA CONCESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO POR LA DOMICILIARIA POR GRAVE ENFERMEDAD. (Art. 314 NUM. 3, CPP).

➤ **La exigencia de incompatibilidad con la vida en reclusión formal**

¹⁶ CSJ SP rad. 40.159 de 17 abril 2013.

El canon del Art. 314 de la Ley 906 de 2004 dispone:

Art. 314.- Sustitución de la detención preventiva. Subrogado. L.1142/07, art. 27. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:

(...)

4.- Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital”.

Si bien es cierto que la norma pretranscrita exige que la enfermedad sea “muy grave”, también exige que la misma sea “*incompatible con la vida en reclusión formal*”, aspecto que no se ha acreditado en el *sub examine*.

Se demostró que RUBEN ALFONSO ZARCO RIVERO, profesional especializado forense de Medicina Legal, realizó la valoración por medicina legal a JOBAN STICK CADAVID OSPINA y concluyó, entre otros, lo siguiente:

“Ni el trastorno depresivo recurrente, actualmente en episodio depresivo moderado, ni los rasgos de personalidad disfuncionales del cluster b que presenta el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA constituyen un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal”

Como lo hacen ver los recurrentes, el juzgador se equivocó y partió del hecho que el procesado padece un estado grave de enfermedad incompatible con la reclusión formal, cuando esto no lo concluyó el perito.

Así se consignó en la sentencia:

“Ante los padecimientos que presenta el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA, no hay otra alternativa diferente a la de autorizar el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad contenida en el artículo 68 del Código Penal, pues, aunque se entienda, en principio, que la reclusión domiciliaria y hospitalaria por enfermedad muy grave solo opera para el momento de la emisión de la sentencia, no sería justo ni equitativo a que se espere la ejecutoria de la misma para que sea el de Ejecución de Penas quien se pronuncie al respecto. **No puede perderse de vista que el médico legista, se itera, determinó que el señor JOBAN STICK CADAVID OSPINA, padece un estado grave de enfermedad incompatible con la reclusión formal.**

Así las cosas, nada se opone a que se autorice que la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta al señor JOBAN STICK

CADAVID OSPINA, se lleve a cabo en su residencia, máxime que en esta foliatura no se tiene conocimiento que al momento de la comisión de la conducta tenga una pena suspendida por este mismo motivo. Toda vez que el médico forense conceptuó que es indispensable que el examinado tome la totalidad del tratamiento farmacológico prescrito, de manera continua e ininterrumpida, pues la suspensión del tratamiento farmacológico pondría al evaluado en altísimo riesgo de presentar una recaída de la enfermedad mental que padece con riesgo de auto o heteroagresión. No puede perderse de vista que en seis (6) meses debe llevarse a cabo una nueva valoración médico legal para determinar sus condiciones de salud y poder determinar si persiste o no la situación que dio lugar a la concesión de esta medida. En todo caso el penado, JOBAN STICK CADAVID OSPINA, deberá otorgar una caución prendaria de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con la cual garantiza el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, en armonía con el artículo 68 de la misma codificación, a saber: Solicitar al funcionario judicial autorización para cambio de residencia, observar buena conducta, comparecer ante la autoridad que vigile el cumplimiento de la pena y permitir la entrada a su residencia del personal encargado de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión.” (Negrillas y subrayas de la Sala)

Se resumen las conclusiones del dictamen, así:

- Episodio depresivo moderado en manejo en psiquiatría desde el 2019, recibe tratamiento psicofarmacológico en el penal.
- De la evaluación psiquiátrica forense: JOBAN STICK CADAVID OSPINA exhibe síntomas con un diagnóstico de episodio depresivo recurrente, ACTUALMENTE es moderado y rasgos de personalidad disfuncionales del cluster B.
- Estos padecimientos no constituyen un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión.
- El episodio depresivo y rasgos de personalidad disfuncionales del cluster B requiere tratamiento por psiquiatría, el cual puede adelantarse de manera AMBULATORIA.
- La sintomatología por psiquiatría psiquiátrica del paciente no le impide un adecuado contacto con la realidad. Las condiciones del penal no favorecen su recuperación.
- Diagnosticó VIH y porfiria, esta última le hace padecer dolor y limitación a la movilidad.
- Es indispensable que el paciente tome la totalidad del tratamiento farmacológico, su suspensión puede generar una recaída de su enfermedad mental.

- Recomienda nueva evaluación por psiquiatría forense, en caso de que se presente un cambio significativo.

Conforme a lo anterior, no es cierto que el dictamen es confuso, concluyó el experto que JOBAN STICK CADAVID OSPINA padece de enfermedad mental trastorno depresivo, actualmente moderado y rasgos de personalidad disfuncionales, así mismo de VIH y porfiria, última que le causa dolor y problemas de movilidad.

Que ***dichos padecimientos no constituyen un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión.***

De ahí fue que recomendó continuar con el tratamiento farmacológico y con el tratamiento por psiquiatría, ***el cual puede hacerse incluso de manera ambulatoria.***

Si bien consignó que las condiciones del penal no favorecen a la recuperación del paciente, es un concepto médico frente a la sintomatología por psiquiatría que, en nada controvierte su conclusión general, la cual no es otra que los padecimientos del implicado no constituyen un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión.

En resumen, en ningún momento el médico forense dictaminó enfermedad grave e incompatible con la vida en reclusión que conlleve a la concesión del sustituto penal.

Así pues, se ha de revocar la sentencia en cuanto este aspecto.

Lo anterior, no impide que se pueda elevar una nueva solicitud ante el juez de ejecución de penas, previa valoración por medicina legal.

- **En conclusión,**

Se ha de revocar la prisión domiciliaria y proferir orden de captura en contra del procesado, en caso de que esté disfrutando de la domiciliaria.

9. DECISIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** la sentencia de condena proferida en contra del ciudadano JOBAN STICK CADAVID OSPINA, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, por las razones expuestas; **(ii) Se REVOCA** la prisión domiciliaria, por las razones expuestas, en consecuencia, se libraré la correspondiente **ORDEN DE CAPTURA** en contra del fulminado, en caso que esté disfrutando efectivamente de la domiciliaria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2016 45094
Acusado	Joban Stick Cadavid Ospina
Delitos en concurso (Art. 31 del CP).	Estafa simple y agravada. Estafa continuada. Hurto agravado por la confianza
Víctimas	Ana María Zapata Ramírez y otros
Hechos	Año 2004



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado