

**PREACUERDO – DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: Debe existir una comunicación constante en atención a los intereses de verdad, justicia y reparación.**

**PREACUERDO - PRESUPUESTO DE PROCEDIBILIDAD DEL ART 349 DEL CPP: Determinación de la existencia de un incremento patrimonial que demande su reintegro.**

**INCREMENTO PATRIMONIAL – Análisis en caso de flagrancia.**

**INCREMENTO PATRIMONIAL – DETERMINACIÓN Y CONCRECIÓN DEL MONTO: No solo está en las facultades del fiscal, puede hacerlo el servidor judicial si observa que la situación es evidente e incluso la víctima.**

(...) como bien lo han indicado las partes y el ministerio público se está ante un caso de flagrancia, ello quiere decir que no se alcanza a agotar que si consumir el delito, el agotamiento es la finalidad perseguida por los sujetos activos, la cual se itera por el oportuno obrar de la policía nacional no se da.

Aspecto bien importante para determinar si en el patrimonio de los sujetos activos se ha dado un incremento, por cuanto desde ya debemos decir que el patrimonio económico es individual y por tanto debe necesariamente esclarecerse en cuanto se aumenta para cada uno de los sujetos activos dado el caso.

En el caso en comento, se ha aceptado que los imputados fueron capturados cuando iban trasportando las cajetillas de cigarrillos (...) los policiales al efectuar la interceptación del camión contentivo de la mercancía evitan que aquellos elementos sean vendidos subrepticamente y así obtener la ganancia ilícita que los sujetos activos esperaban, es por lo que se ha manifestado que en esta ocasión no se ha logrado demostrar que haya un aumento en el patrimonio de los sujetos activos. (...)

(...) Lo sucedido en este proceso penal en tanto la entidad victima reclama el requisito de procedibilidad del artículo 349 del procedimiento penal para la aprobación del preacuerdo, pero no presenta una cuantificación de un valor que corresponda a tal figura, es indicativo que se atiene a lo demostrado por el ente investigador o a lo que se vislumbra notoriamente, es por lo que el fiscal ha señalado que no se ha podido demostrar dicho incremento patrimonial y es la argumentación que ha asumido la judicatura cuando indica que como el ente investigador expreso que no hay elementos materiales probatorios que así lo indiquen, no puede estimarse tal valor.

De esta manera, queda clarificado que en cuanto a la demostración del incremento patrimonial obtenido por el ilícito que se investiga para su demostración si bien por las facultades constitucionales y legales puede hacerlo la fiscalía nada obsta para que lo haga la víctima o también puede el Juez cuando sea evidenciable con facilidad, sin que ello se tome como una intromisión en atención a que su labor es de protección a derechos y garantías de las partes e intervinientes.(...)

**PREACUERDOS – CONTENIDO: Debe ser claro y preciso.**

**PENA DE MULTA – Determinación del monto.**

**NULIDADES – Violación a garantías fundamentales.**

**PREACUERDO – NULIDAD: La indeterminación de la multa es una irregularidad que afecta al derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.**

**PREACUERDO – NULIDAD: Del acto de aprobación del preacuerdo por vulneración de garantías fundamentales.**

(...)es deber del ente instructor y de la judicatura velar porque se trate de un pacto claro para los acusados o imputados, que posteriormente ante procedimientos que van a adelantarse y que pueden generar dificultades, no se sientan sorprendidos y la Sala hace esta manifestación por cuanto esta pena que viene aparejada a la de prisión y que consecuentemente resulta principal, para el caso debe indicarse el monto por la connotación de la cantidad que ella refiere y que de la simple lectura como lo hizo la fiscalía casi que se entiende igual para los dos procesados cuando ello no es así por la forma de pacto.(...)

Para la Sala la indefinición de la cantidad de multa a cancelar por los beneficiados con el preacuerdo resulta una garantía fundamental toda vez que la sanción hace parte de

la estructura del delito, (...) y en la forma como se ha expuesto se encuentra en vilo el principio de legalidad de la pena.(...)

(...) procede la nulidad por violación a garantías fundamentales, cuando hay conculcación al derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. Lo ha dicho la jurisprudencia no es cualquier irregularidad la que da paso a la declaratoria de nulidad, debe ser de tal entidad que socave las estructuras del procedimiento penal, ello haciendo eco en lo normado, que se refiera a un aspecto sustancial. En esta oportunidad se ha expuesto el grado de afectación, irregularidad que no puede ser subsanada por la judicatura por cuanto los imputados desconocían cual era la cantidad de multa definida en cada caso, montos que por lo elevados pueden generar consecuencias en la revocatoria de posibles sustitutos penales que obtengan (...).

---

## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

### SALA DE DECISIÓN PENAL

<b>Magistrado Ponente</b>	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
<b>Proceso N°</b>	:	52356000513201900599-01
<b>Número Interno</b>	:	33199
<b>Conducta Punible</b>	:	Favorecimiento y facilitación de contrabando
<b>Sentenciado</b>	:	FP y AM
<b>Decisión</b>	:	Confirma
<b>Aprobado</b>	:	Acta No. 16 de 10 de febrero de 2022

San Juan de Pasto, dieciséis de febrero de dos mil veintidós  
(Hora 09:00 a.m.)

#### I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Debe la Sala estudiar el recurso de apelación que dentro de la oportunidad legal formuló y sustentó la representación judicial de la entidad víctima contra el Auto interlocutorio de fecha 26 de mayo de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales (N), en aprobación al preacuerdo celebrado por las partes, en esta actuación procesal que en contra de FAPH y ADMR, se adelanta por el delito de Favorecimiento y facilitación del contrabando para ambos y para el último en concurso con el delito de cohecho por dar u ofrecer.

## **1. Los hechos**

De conformidad con los elementos probatorios obrantes en el archivo digitalizado arrimado a esta Colegiatura para resolver el recurso de alzada presentado se tiene que para el día 26 de agosto de 2019 aproximadamente a las 20:10 horas en la carretera que de Ipiales conduce a Aldana, por personal de la policía se le da la señal de pare a un vehículo camión de placa TNC378, que era conducido por FAPH y como acompañante iba ADMR; el olor fuerte a tabaco llevo a los policiales a verificar la carga de aquel automotor encontrando un total de 201.000 cajetillas de cigarrillos, que generaban un ingreso por valor de doscientos treinta y cinco millones ciento setenta mil pesos (\$235.170.000), mercancía que ingresa sin el pago de los respectivos aranceles e impuestos, por lo cual son retenidos los antes mencionados, los artículos y el vehículo puesto a disposición de las autoridades respectivas.

## **2. Antecedentes procesales relevantes**

2.1. El 27 de agosto de 2019, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Pupiales se realizó la audiencia preliminar de legalización de captura y legalización de incautación de elementos materiales; el día 28 de agosto se realiza las audiencias de formulación de imputación en donde se enrostran cargos por el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando para FAPH y ADMR y para el último señalado también se imputa el delito de cohecho por dar u ofrecer; se realiza también la audiencia de imposición de medida de aseguramiento en centro carcelario.

2.2 Se presenta el escrito de acusación el 25 de octubre de 2019 y se lleva a cabo la audiencia respectiva el 18 de diciembre del mismo año.

2.3 Se presenta preacuerdo suscrito entre las partes el cual es verificado el día 25 de febrero de 2020 y ante la necesidad que la representación judicial de la Dian tuviera la facultad para pronunciarse sobre el mencionado, se suspende para ser reanudada el día 26 de mayo de esa anualidad en la que se aprueba.

3- De la decisión recurrida la *a quo* resolvió impartir aprobación al preacuerdo presentado por las partes.

Para el efecto, luego de sentar el objeto de la decisión, recordó los fines de los preacuerdos y que en el caso la manifestación de aceptación del negocio por parte de los procesados obedeció a una decisión libre, consciente y voluntaria, debidamente asesorada por su defensor, aunado a que las víctimas fueron consultadas en sus intereses.

Seguidamente indicó que la representación de víctimas manifestó su oposición al preacuerdo bajo el supuesto de que no se cumplió con el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 349 del CPP, en tanto que la defensa y la fiscalía señalan que tal presupuesto sí se cumple como quiera que no existió incremento patrimonial fruto del delito por parte de los acusados, dado que la captura se dio en situación de flagrancia, sumado a que la mercancía de contrabando y el vehículo en que se transportaba, fue objeto de incautación, postura a la que se acogió el Ministerio Público.

Claro ello trajo a colación pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, de la Sala Penal de éste Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que aluden al requisito de procedibilidad que echó de menos la representación de víctimas, y luego, recordó que para el caso la fiscalía consideró que no existió incremento patrimonial fruto del delito en tanto que la mercancía de

contrabando fue objeto de incautación, al igual que el vehículo en el que se transportaba, al tratarse de una captura en flagrancia.

Así, consideró que el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 349 de CPP se aplica cuando se está en presencia de delitos en los que se ha podido demostrar la obtención de un incremento patrimonial producto del injusto por parte de los autores o partícipes, aspecto que en el caso no se acreditó, en tanto que la captura ocurrió en flagrancia dando lugar a la incautación de la mercancía y de un vehículo.

Indicó que acorde al precedente de ésta Corporación, es la Fiscalía la que tiene la carga de terminar el valor del incremento patrimonial que debe ser restituido y cuál es el mecanismo para asegurar el saldo que se le debe a la víctima, condicionando todo a la realización de una liquidación concreta del incremento percibido, esto, para insistir en el hecho de que, para el caso, el ente acusador ha sido claro al indicar que no cuenta con EMP que permitan acreditar dicho incremento, por lo que no es procedente dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 349 del CPP, sin que con ello se cause un perjuicio a las víctimas como quiera que pueden acudir al incidente de reparación integral.

Claro lo anterior, indicó que la adecuación típica se encuentra debidamente circunstanciada y que el único beneficio que se concedió fue el reconocimiento de la complicidad para uno de los procesados, y la eliminación del cargo de cohecho para el otro.

En la misma línea, que se cuenta con un mínimo probatorio para sustentar la acusación vía preacuerdo y que la pena pactada se ajusta a los parámetros establecidos en la ley

## **4. Sustentación del recurso e intervención de las partes**

### **4.1 Representante judicial de la víctima como recurrente**

La apoderada judicial de la DIAN, como representante judicial de la víctima, recurre la decisión adoptada por la primera instancia, buscando que la segunda instancia la revoque, bajo los siguientes argumentos.

Comenzó por indicar que una vez fue citada a la diligencia de verificación de preacuerdo, con oficio de 19 de febrero de 2020, solicitó a la Fiscalía del caso que cumpliera con el requisito de procedibilidad dispuesto en el artículo 349, ante lo cual, con memorial de 21 de febrero de 2020, se emitió una respuesta indicando que es el ente investigador el encargado de investigar el monto del incremento patrimonial, si existió o no.

Luego de ello señaló que aunque no desconoce la finalidad de los preacuerdos, lo cierto es que para el caso debe cumplirse con el requisito de procedibilidad de que trata la normativa arriba señalada, medida que conforme lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se ha establecido como una política criminal dirigida a evitar que el procesado se lucre de la conducta punible, por lo que no es un actuar caprichoso de la entidad investigar el monto de lo incrementado sino un presupuesto para proteger los derechos de las víctimas, y en esa medida, una obligación.

Indica que, en el caso, las partes y la judicatura han considerado que no es necesario investigar dado que se está ante una situación de flagrancia, pero que, a su juicio, tal circunstancia por sí sola no puede ser óbice para cumplir con esa obligación, por sólo por ese hecho no puede considerarse que no existió el incremento patrimonial.

Agrega que con lo anterior se está transgrediendo el derecho fundamental al debido proceso, pues se está desconociendo la aplicación del artículo 349, que busca determinar el monto del incremento patrimonial, punto en el que también indica que no es factible aludir que los derechos de las víctimas se pueden asegurar con el incidente de reparación integral, pues el propósito de ese trámite es diferente al perseguido con la determinación del incremento patrimonial y su devolución.

Así mismo, alude al decomiso, indicando que los procesos de tipo administrativo no pueden confundirse con los de resorte judicial, insistiendo en que, para el caso, debió acreditarse el monto del incremento patrimonial de los procesados, máxime cuando la víctima en el caso debe tratarse de una forma especial, pues, al estar afectado el patrimonio público, el valor reintegrable debe ser total, destacando que en el caso no puede descartarse la existencia de una venta y lucro, pues se está frente al ingreso de mercancía internacional, por la cual se dejó de percibir impuestos.

#### **4.2 De la Fiscalía como no recurrente**

El delegado del ente acusador solicita que se confirme la decisión de primera instancia, indicando que la recurrente ha presentado argumentaciones jurídicas que no van al caso.

Indicó que por parte de esa fiscalía se estableció de forma clara que en el caso no existió incremento patrimonial por haberse presentado una captura en flagrancia; señaló que conforme a lo establecido en el artículo 349, no es una obligación bajo su cargo determinar o demostrar ese hecho.

Agregó que en el caso actuar conforme al pedimento de la representante de víctimas implica un desgaste, pues de la observación del cómo sucedieron las cosas, no es factible enviar a policía judicial a determinar si los conductores obtuvieron un incremento patrimonial, pues sería tanto como determinar si el flete les fue pagado; así, explicó que a la DIAN no sólo le ingresó la mercancía sino el valor del vehículo incautado.

#### **4.3 Del Ministerio Público como no recurrente**

El delegado del Ministerio Público, en primer lugar, llamó la atención sobre la carga argumentativa que debe cumplir el recurrente al presentar una apelación, señalando que, para el caso, la representación judicial de víctimas presentó unos elementos materiales probatorios que por lealtad debió presentar con antelación.

Añadió que por principio constitucional nadie está obligado a auto incriminarse, por lo que la defensa no está obligada a demostrar nada, pues, caso contrario, se invertiría la carga de la prueba.

Indicó que en el caso no es exigible el cumplimiento de lo establecido en el artículo 349 en tanto que el propio ente acusador dejó claro que no cuenta con EMP para demostrar un incremento patrimonial, y ha sido esa autoridad la que ha estructurado una teoría del caso en dicho sentido, de ello, que tampoco sea posible someter a los procesados que cumplan con una devolución del dinero cuando desde la formulación de imputación no han sido enterados de ese hecho, pues la fiscalía no lo ha considerado así.

Finalmente indicó que, en adelante, se cuenta con el incidente de reparación integral, por lo que no se afecta el principio de legalidad.

#### **4.4 Defensa como no recurrente**

La representación judicial de los procesados se pronunció indicando que compartía los argumentos expuestos por el delegado del Ministerio Público.

Así, en primer lugar, solicitó que se declare desierto el recurso presentado por la representación de víctimas en tanto que se remitió a referirse a los argumentos expuestos por las partes, pero no atacó en sí la decisión adoptada por la primera instancia.

Indicó que existe jurisprudencia, en especial la radicado No. 39831 de la Corte Suprema de Justicia, que se remota en la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la que se hace un barrido sobre el incremento patrimonial y cuando hay lugar a reintegro.

Conminó a que se investigue el actuar omisivo de los funcionarios de la DIAN, sobre todo en el presente caso en el que se está frente a personas privadas de la libertad, pues, se indicó en audiencia que se había realizado un comité en el que se concluyó que había lugar a oponerse al preacuerdo, lo que implica que existe un proceso administrativo, dentro del cual seguramente se impondrá una sanción pecuniaria, cuando se encuentra prohibido ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Indicó que la jurisprudencia ha sido clara al determinar cuáles son las obligaciones de la fiscalía frente a la determinación del incremento patrimonial, y que, la representación judicial de víctimas invita a la defensa a que actúe de manera desleal asumiendo dicha carga, cuando lo propio es que esa parte, siendo la interesada, aporte a la fiscalía herramientas con miras a establecer dicho aspecto.

Sumó que no es factible congestionar la justicia y disponer una investigación sobre el tópico cuando se está frente a una captura en flagrancia, pues no se puede establecer si los procesados se alcanzaron a lucrar.

Finalmente indicó que la intervención de la DIAN en el caso resultó extemporánea, pues dicha entidad conoce desde el primer momento la existencia de la noticia criminal, de ello que se adelante un proceso administrativo, por lo que tienen la potestad de acudir ante la delegada del ente acusador y entregar las herramientas pertinentes, por lo que no es factible, que en este momento procesal, se pretenda suplir ese actuar omisivo frente al detrimento del patrimonio, por lo que solicitó a la segunda instancia que adelante el proceso disciplinario del caso.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia.**

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la DIAN contra de la decisión de 26 de mayo de 2020 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales, conforme lo consagra en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

### **2. Problema a resolver**

El punto en que estriba la controversia se relaciona el entendimiento que puede darse a la figura consagrada el artículo 349 de la ley 906 de 2004 respecto de la determinación del incremento patrimonial que

ha tenido el sujeto activo con la realización de la conducta punible y quien se encuentra habilitado para la concreción de tal monto.

### **3.- Legitimidad de la víctima para recurrir**

Debe la Sala tomar como punto de partida el amplio reconocimiento que la jurisprudencia constitucional, y la de nuestra Alta Corporación ha concedido en cuanto a los derechos y garantías de que gozan las víctimas en el proceso penal del sistema penal acusatorio, que desde el ámbito de la Carta Política<sup>1</sup> faculta al ente instructor para disponer de medidas para asistencia, restablecimiento y reparación de los derechos de ellas como también velar por su protección, normas que tienen su desarrollo en la Ley 906 de 2004 en artículos como el 11 y del 132 al 137, sin desconocer normas precisas que le indican al ente investigador su labor de protección a las víctimas.

Con el proferimiento de la sentencia C-209 de 2007 la Corte Constitucional señala con suma precisión las actividades que puede realizar este interviniente especial en el trámite procesal en procura de los fines de la verdad, la justicia y la reparación. Y es que si bien la práctica judicial ha enseñado que en su gran mayoría la fiscalía va de la mano en el proceso penal con la víctima.

Con relación a la participación de la víctima en el proceso penal, en sentencia de tutela 374 de 2020, la Corte Constitucional indica tres reglas de la actuación de la víctima y del derecho a recibir información:

---

<sup>1</sup> Artículo 250:

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

*“.. a la Fiscalía le corresponde, de conformidad con las disposiciones previstas en la Ley 906 de 2004, una comunicación efectiva con las víctimas, en tanto se le asigna competencias específicas en virtud de las cuales se busca materializar sus derechos. Esta circunstancia representa una relación de interdependencia entre la Fiscalía y las víctimas que se manifiesta con claridad en la etapa de indagación. En esta fase, se presenta un primer acercamiento a los hechos penalmente relevantes y, en uso de las herramientas legales dispuestas para los actos de investigación, la Fiscalía deberá lograr el mayor conocimiento posible de los hechos acontecidos, a la par que deberá asegurar la atención, protección y efectiva intervención de las víctimas. Ha manifestado la Corte que, para cumplir con estos deberes legales, la Fiscalía debe alcanzar una comunicación previa, constante y activa con las víctimas, a efectos de que puedan ejercer sus derechos de forma efectiva, como sucede con la posibilidad de manifestar su inconformidad con el archivo de las diligencias.”*

Por tanto, lo que se debe garantizar es la participación activa de las víctimas en el proceso penal y para ello la FGN debe tener una comunicación constante en atención a los intereses de este intervinientes especial que son la verdad, la justicia y la reparación.

Respecto a la terminación de los procesos penales por la vía consensuada, como una forma de procedimiento que corresponde también debe ofrecerse todas las garantías a este interviniente especial, dado que tiene un interés en los resultados del proceso, y que si bien ha dicho la jurisprudencia penal que su aceptación o no sobre la forma como se acuerda la terminación anticipada no es requisito indispensable para la aprobación del mismo o en contrario, claramente solo tiene el derecho a interponer los recursos para reclamar cuando tal aprobación lastima sus pretensiones.

Al hilo de la participación de las víctimas en los preacuerdos, de antaño la Corte Constitucional ha manifestado en sentencia C- 516 de 2007:

*“Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°).”*

Bajo las anteriores premisas, queda claro que la participación de la víctima en el proceso de negociación resulta ineludible con el firme propósito de ser escuchada en su finalidad de verdad, justicia y reparación para garantizar de esta manera una adecuada participación en el proceso penal que de forma anormal termina.

#### **4. Del requisito de procedibilidad relacionado con el reintegro del incremento patrimonial obtenido.**

El artículo 349 del código de procedimiento penal señala:

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.

De la anterior norma claramente se establece que resulta aplicable como requisito en los eventos de terminación anticipada, con miras a que los derechos de las víctimas no resulten afectados, que en el evento de haber generado un aumento en el patrimonio del sujeto activo por la actividad ilícita que realiza debe garantizarse la devolución que como lo ha dicho la jurisprudencia<sup>2</sup>:

*“Ha de advertirse desde ya, que el tenor literal de la disposición normativa precitada, cubija todas las hipótesis en las cuales la actividad delictiva generó alguna forma de rendimiento económico para quien la ejecutó, con independencia de si la naturaleza de aquélla presupone o no ese resultado como uno de sus elementos típicos estructurales. Ahora bien, a la hora de establecer la existencia de un incremento patrimonial que demande su reintegro como prerrequisito de la celebración de un acuerdo de terminación abreviada del proceso; la composición típica, indudablemente, plantea algunas diferencias en el análisis, así:*

*1. Cuando la estructura típica del delito implica necesariamente la obtención de un provecho económico para el agente, la sola ejecución de la conducta prohibida ubica el suceso en el ámbito material regulado por el artículo 349 del C.P.P./2004, pues el incremento patrimonial es presupuesto de la consumación del ilícito. Así ocurre, p. ej., en los delitos contra el patrimonio económico o en el Peculado por apropiación, toda vez que en esta clase de infracciones, el apoderamiento o la apropiación de bienes por parte del sujeto activo, es elemento determinante de la tipicidad, por lo que el enriquecimiento se advierte indiscutible. (...)*

*2) Cuando la descripción típica de un comportamiento demanda en el agente la obtención o, cuando menos, la pretensión de un beneficio o utilidad de cualquier naturaleza; el logro de un provecho económico activa la exigibilidad de la condición de legalidad de las negociaciones prevista en el artículo 349 del C.P.P./2004, de manera similar a como ocurre en la hipótesis analizada en el numeral anterior, es decir, la conducta típica en concreto realizada implica el resultado que condiciona*

---

<sup>2</sup> CSJ Sala de Casación Penal AP7223 de 26 de noviembre de 2014 radicado 44906

la viabilidad de los preacuerdos. En efecto, en delitos como la Concusión<sup>3</sup> y el Cohecho<sup>4</sup>, el recibo de dinero o de otra utilidad patrimonial es una de las modalidades conductuales mediante las cuales pueden realizarse los respectivos tipos penales.

3) En los demás eventos, cuando el delito produce ventajas patrimoniales al sujeto activo, aunque esta ganancia no constituya exigencia típica, ni siquiera de manera eventual; la aplicación del tantas veces mencionado requisito, dependerá de que en la actuación, a más de la demostración de los requisitos típicos, se acredite la concurrencia de ese resultado que es ajeno a la naturaleza del delito. Entre las conductas punibles en que tal situación puede presentarse, en auto de segunda instancia del 27 de abril de 2011, Rad. 34829, la Sala enunció las siguientes:

“... los ilícitos relacionados con la indebida celebración de contratos o el tráfico de estupefacientes -los cuales no involucran en su descripción típica la consecución o intención de obtener un incremento patrimonial-, pues la experiencia y la realidad judicial enseñan que este tipo de delitos son solamente algunos de los que generan mayor beneficio patrimonial para quienes en ellos incurrían.

Pero así mismo, otras conductas como aquellas constitutivas de infracciones a la fe pública, abuso de autoridad o delitos informáticos son capaces de generar ganancias patrimoniales para el agente, sin que necesariamente a su descripción típica se integre ese elemento en particular.”<sup>5</sup>

(...)

---

<sup>3</sup> Art. 404: “El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, **dinero o cualquier otra utilidad** indebidos, o los solicite,...”.

<sup>4</sup> Art. 405. Cohecho propio: “El servidor público que reciba para sí o para otro, **dinero u otra utilidad**, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales,...” Y el artículo 406. Cohecho impropio: “El servidor público que acepte para sí o para otro, **dinero u otra utilidad** o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones,...”

<sup>5</sup> Auto de segunda instancia del 27 de abril de 2011, Rad. 34829

*Ahora bien, cuando la Corte precisó en aquella ocasión que “son los hechos del caso, y no las particulares descripciones típicas de las conductas, los que han de tenerse en cuenta para determinar si la ejecución de un delito genera o no incremento patrimonial en el sujeto activo”, tal precisión ha de entenderse en el sentido de que la obtención de un incremento patrimonial a partir de la ejecución de cualquier actividad delictiva, queda cobijado en el supuesto fáctico de la norma consagrada en el artículo 349 pluricitado. Ello en nada obsta para concluir que, bajo ese entendimiento, la hipótesis normativa de índole condicional que se analiza, en tratándose de conductas punibles en que el beneficio ilícito es presupuesto típico inexorable, siempre concurrirá.”*

De lo antes expuesto claramente podemos concluir que existen tipos penales en los que el requisito hace parte de la tipicidad y tal situación refulge clara, pero existen conductas en las que si hay una evidente utilidad sin que constituya elemento estructurante del delito, pero se debe determinar para que al terminar por esta vía los sujetos activos no disfruten el provecho ilícito y por el contrario en favor de la víctima las cantidades estimadas sean reintegradas.

## **5. Del caso en concreto**

El primer aspecto de rango procesal a determinar es que la representación judicial de la víctima está acreditada, tiene legitimidad para interponer el recurso de apelación en contra del auto que aprobó el preacuerdo suscrito entre la fiscalía y los imputados FAPH y ADMR asesorados por su defensor contractual.

Para dar una solución al problema planteado, otea la Sala que en la presente oportunidad estamos ante el trámite que se ha dado a una negociación sucedida entre la fiscalía y la defensa, en la que se concede por parte del ente investigador un cambio punitivo muy favorable a los acusados.

Recordemos que la situación fáctica está relacionada con el transporte que realizaban los acusados de gran cantidad de cajetillas de cigarrillo que iban a ser comercializadas al interior del país que por el número hace que dicho accionar se ubique en el inciso segundo del artículo 320 del código penal, que conlleva una pena más alta compuesta por prisión y multa.

Se ha indicado que los preacuerdos deben conllevar la absoluta claridad en cuanto a las condiciones en que se produce el cambio de la situación que si bien para el momento en que se presenta el preacuerdo 25 de octubre de 2019 no se encontraban en vigencia los criterios orientadores de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la CSJ tales como los radicados 52227 y 54039 de 2020, si se encontraba expedida la sentencia de unificación 479 del 15 de octubre de 2019, en la que se fundan los radicados descritos para la realización de los preacuerdos con miras al aprestigiamiento de la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Para la solución del caso planteado, tal como lo han expresado con mucha claridad la jurisprudencia y es el entendimiento de las partes, en este proceso penal, hay comportamientos penales que claramente aquel aumento es determinable y hace parte de la tipicidad la obtención del provecho como producto del delito que como se ha indicado generalmente se da en los delitos contra el patrimonio económico, pero existen otras conductas que también conllevan la obtención de esa utilidad que deviene ilícita en la que probatoriamente debe hacerse evidente.

Aquí es muy importante hacer un planteamiento relacionado con las ganancias que puede estar dejando la reiteración en este tipo de conductas cuya investigación debe realizarse por el ente con tal potestad como lo es la fiscalía, pero ya se incurre en otro

comportamiento como podía ser lavado de activos, que debe ser objeto de otra investigación penal a voluntad del organismo encargado.

Ello para indicar que cada caso debe analizarse en particular y que en el caso de marras como bien lo han indicado las partes y el ministerio público se está ante un caso de flagrancia, ello quiere decir que no se alcanza a agotar que si consumir el delito, el agotamiento es la finalidad perseguida por los sujetos activos, la cual se itera por el oportuno obrar de la policía nacional no se da.

Aspecto bien importante para determinar si en el patrimonio de los sujetos activos se ha dado un incremento, por cuanto desde ya debemos decir que el patrimonio económico es individual y por tanto debe necesariamente esclarecerse en cuanto se aumenta para cada uno de los sujetos activos dado el caso.

En el caso en comento, se ha aceptado que los imputados fueron capturados cuando iban trasportando las cajetillas de cigarrillos en un total de 201.000 con un valor de \$235.170.000 dicho valor era el nominal al cual se podría acceder en el evento de la negociación que se hubiera dado. Con mucha intrepidez los policiales al efectuar la interceptación del camión contentivo de la mercancía evitan que aquellos elementos sean vendidos subrepticamente y así obtener la ganancia ilícita que los sujetos activos esperaban, es por lo que se ha manifestado que en esta ocasión no se ha logrado demostrar que haya un aumento en el patrimonio de los sujetos activos.

Hasta aquí es lo demostrado y aceptado mediante el preacuerdo por los imputados, por cuanto indicar que eran simples trasportadores o solo conductores requiere también su demostración y dicha situación novedosa puede dar lugar a cambios importantes en el tipo penal.

Retomando el tema objeto del recurso, la determinación del incremento patrimonial no solo está en las facultades del fiscal, puede el servidor judicial si observa que la situación es evidente así señalarlo como ocurrió en la jurisprudencia vertida, pero hay eventos en los que se requiere de actuación del perito que si conlleva la participación de las partes e intervinientes.

Lo sucedido en este proceso penal en tanto la entidad victima reclama el requisito de procedibilidad del artículo 349 del procedimiento penal para la aprobación del preacuerdo, pero no presenta una cuantificación de un valor que corresponda a tal figura, es indicativo que se atiende a lo demostrado por el ente investigador o a lo que se vislumbra notoriamente, es por lo que el fiscal ha señalado que no se ha podido demostrar dicho incremento patrimonial y es la argumentación que ha asumido la judicatura cuando indica que como el ente investigador expreso que no hay elementos materiales probatorios que así lo indiquen, no puede estimarse tal valor.

De esta manera, queda clarificado que en cuanto a la demostración del incremento patrimonial obtenido por el ilícito que se investiga para su demostración si bien por las facultades constitucionales y legales puede hacerlo la fiscalía nada obsta para que lo haga la víctima o también puede el Juez cuando sea evidenciable con facilidad, sin que ello se tome como una intromisión en atención a que su labor es de protección a derechos y garantías de las partes e intervinientes.

Por las razones con anterioridad expuestas no está llamada a prosperar la reclamación que realiza la representación judicial de la entidad Dian reconocida como víctima en este proceso penal; importante indicar que si existe ante tal entidad la realización de un procedimiento tendiente a sancionar la evasión de impuestos u otro

arancel requerido en la labor de importación de artículos, ello no atenta contra el principio del *nom bis in ídem*, por cuanto son aspectos diferentes que protegen bienes diferentes, ergo pueden adelantarse con el respeto por las formas que cada actuación conlleva.

## 6. Situación adicional.

Encuentra la Sala en el análisis realizado al presente proceso penal que pretende su terminación a través de la vía del preacuerdo, que la fiscalía como ente dueño de la acción penal al momento de la elaboración, explicación y presentación de este, define con claridad una de las penas que tiene aparejada la sanción para el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando del artículo 320 del estatuto de las penas que establece:

El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, **incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.**

(...)

(Negrilla fuera de la Sala)

Como antes se dijo, la fiscalía en el preacuerdo y en la audiencia<sup>6</sup> respecto del imputado PH señala en relación con la MULTA que será la mínima establecida en el inciso segundo del artículo citado, y a MR indica que es la estipulada en el inciso segundo de la misma norma.

Sobre el particular la Ad quo tampoco hizo reparo alguno, habida consideración que en la misma audiencia manifiesta en iguales términos que el fiscal en el momento de verificar la voluntad a los imputados<sup>7</sup>, igual manifestación al momento de sustentar la aprobación del fallo cuando se refiere a la pena<sup>8</sup> se encuentra dentro de los parámetros legales.

Como lo hemos dicho con antelación es deber del ente instructor y de la judicatura velar porque se trate de un pacto claro para los acusados o imputados, que posteriormente ante procedimientos que van a adelantarse y que pueden generar dificultades, no se sientan sorprendidos y la Sala hace esta manifestación por cuanto esta pena que viene aparejada a la de prisión y que consecuentemente resulta principal, para el caso debe indicarse el monto por la connotación de la cantidad que ella refiere y que de la simple lectura como lo hizo la fiscalía casi que se entiende igual para los dos procesados cuando ello no es así por la forma de pacto.

Además, la multa tiene consagración expresa en el artículo 39 del código penal y que para el especial aspecto a que se refiere se consagra:

3. Determinación. La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio

---

<sup>6</sup> Audiencia del 25 de febrero de 2020 minuto 18:44

<sup>7</sup> Audiencia de 25 de febrero de 2020 minuto 34:33

<sup>8</sup> Audiencia de 25 de febrero de 2020 minuto 49:31

reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

4. (...)

5. Pago. La unidad multa deberá pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia haya quedado en firme, a menos que se acuda a alguno de los mecanismos sustitutivos que a continuación se contemplan.

6. Amortización a plazos. Al imponer la multa, o posteriormente, podrá el Juez, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años.

La multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes.

7. Amortización mediante trabajo. Acreditada la imposibilidad de pago podrá también el Juez autorizar, previa conformidad del penado, la amortización total o parcial de la multa mediante trabajos no remunerados en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social.

Para la Sala resulta importante como aspecto sustancial del preacuerdo definir el quantum de la multa y que los imputados conozcan cual es la sanción pecuniaria que deben cancelar en concreto por cuanto en la eventual concesión de subrogados puede proceder la revocatoria cuando no se cumple con esta importante sanción.

Poca trascendencia se ha dado a la pena de la multa dada su esencia no restrictiva de la libertad, pero su falta de pago puede llevar a que aquel fundamental derecho se vea afectado, y en especial en un evento como el presente donde la multa debe tasarse conforme el

valor aduanero de la mercancía y se ha demostrado que el valor de la misma es de doscientos treinta y cinco millones ciento setenta mil pesos, suma que para uno de ellos debe duplicarse, es por lo que resulta trascendental que se informe cual es el valor a cada uno y cómo será la forma de pago de la misma.

Enseña el artículo 351 en su inciso 4º de la Ley 906 de 2004 que el preacuerdo obliga al juez salvo que desconozca o quebrante garantías fundamentales.

Para la Sala la indefinición de la cantidad de multa a cancelar por los beneficiados con el preacuerdo resulta una garantía fundamental toda vez que la sanción hace parte de la estructura del delito, con mayor razón cuando se trata de grandes cantidades de dinero que conforman esta forma de punición y en la forma como se ha expuesto se encuentra en vilo el principio de legalidad de la pena.

Señala el artículo 457 del código de procedimiento penal, que procede la nulidad por violación a garantías fundamentales, cuando hay conculcación al derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. Lo ha dicho la jurisprudencia no es cualquier irregularidad la que da paso a la declaratoria de nulidad, debe ser de tal entidad que socave las estructuras del procedimiento penal, ello haciendo eco en lo normado, que se refiera a un aspecto sustancial.

En esta oportunidad se ha expuesto el grado de afectación, irregularidad que no puede ser subsanada por la judicatura por cuanto los imputados desconocían cual era la cantidad de multa definida en cada caso, montos que por lo elevados pueden generar consecuencias en la revocatoria de posibles sustitutos penales que obtengan, ya que emitida la sentencia es deber del Juez enviar las copias de tal sentencia a la respectiva oficina de cobro coactivo

ubicada en las administraciones seccionales judiciales del país, para su ejecución.

En este orden de ideas, deberá declararse la nulidad del acto de aprobación del preacuerdo; la actuación deberá regresar al juzgado de origen para continuar con el trámite.

7. Para finalizar no puede pasar desapercibido para la Sala la particular situación que se presenta respecto del presente proceso penal que, habiéndose realizado el reparto por el Centro de Servicios Judiciales para el sistema acusatorio, en junio de 2020 donde es asignada a este Despacho solo se hace la entrega de la carpeta en el mes de octubre de 2021, situación que se pone de manifiesto para la claridad que dicha demora no corresponde al estudio para la solución del problema jurídico sino al manejo dado a los recursos de apelación por aquella oficina dada la virtualidad en que nos encontramos.

Ante la evidente mora en el trámite administrativo surtido para que el asunto llegue a esta instancia, se compulsarán copias disciplinarias ante la Comisión Nacional de Disciplina Judicial de Nariño para que indague si tales hechos constituyen una falta disciplinaria que amerite su procesamiento.

### **III. LA DECISIÓN**

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

1°. **DECLARAR LA NULIDAD** del Auto mediante el cual se aprobó el preacuerdo presentado por la fiscalía suscrito además por los imputados FAPH y ADMR y el abogado de confianza, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales (Nariño) en audiencia pública celebrada el día 26 de mayo de 2020, por las razones expuestas.

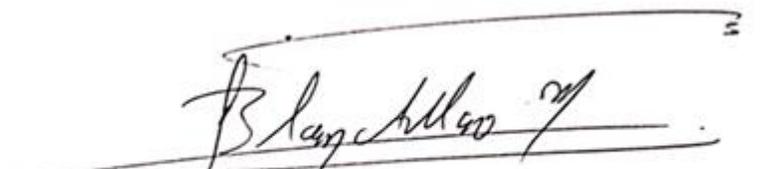
2°. Compulsar copias disciplinarias ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial para que investigue la presunta comisión de una falta disciplinaria por parte de los empleados del Centro de Servicios Judiciales de Pasto

3° Devolver la presente actuación al Juzgado de origen para que continúe el trámite.

Notifíquese y Cúmplase,

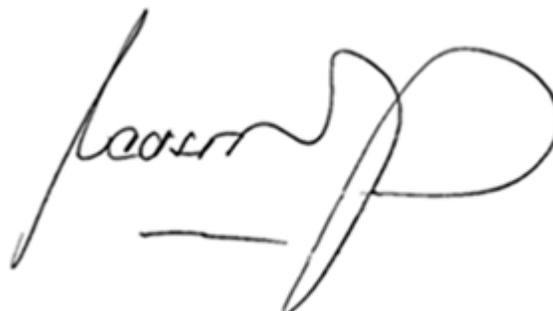


HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN  
Magistrado Ponente



BLANCA ARELLANO MORENO  
Magistrada

3735



**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**  
Magistrado



**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ**  
Secretario

**REGISTRO DE PROYECTO No. 017**

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES  
LEGALES,**

## HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-1517 del 15 de marzo de 2020, mismas que se han ampliado de manera progresiva mediante acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el proceso penal de la referencia.

Pasto, 10 de febrero de 2022.



**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ**  
Secretario