

**Dr. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

**Magistrado Ponente**

**Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de  
Justicia**

E. S. D.

Rad: 110016000000 2016 00014 01

Num. Int: 58068

Condenados: Ricardo Munar Fernández y Fernando  
Rivera Cifuentes.

FRANCISCO BERNATE OCHOA, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en mi condición de DEFENSOR de los señores FERNANDO RIVERA CIFUENTES y RICARDO MUNAR FERNÁNDEZ, dentro del término del traslado dispuesto por el Despacho en el auto del 29 de julio de 2021, procedo a sustentar el recurso de casación en contra la sentencia del 5 de noviembre de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Previo a la exposición que corresponde, es pertinente aclarar que, si bien radiqué dos demandas de casación, en atención a las particularidades de cada uno de mis representados, la presente sustentación comprenderá ambos recursos, en virtud de los principios

de economía procesal, síntesis y claridad argumentativa, dado que, en esencia, los dos documentos convergen en torno a los mismos problemas jurídicos.

Por otro lado, se observa que, en el auto del 29 de julio de 2021, por medio del cual el Despacho dispuso el traslado para la sustentación prevista en el inciso cuarto del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, con fundamento en el Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020, se advierte que el pronunciamiento no podrá exceder de 10 páginas y debe limitarse temáticamente a los cargos formulados en la demanda. No obstante, el Despacho no indicó aspectos puntuales que deban ser abordados por la Defensa.

Frente a esa circunstancia y bajo el entendido de que el escenario de la sustentación no fue habilitado por el legislador para que los sujetos procesales reiteren, a pie juntillas, lo expuesto en la demanda de casación, la Defensa aprovechará la oportunidad para destacar el principal problema jurídico, a fin de profundizar en su configuración. Ese ejercicio, valga también la aclaración, en manera alguna significa el desistimiento o la renuncia de los demás problemas jurídicos y causales adecuadamente invocadas y sustentadas en las demandas de casación.

Las dos demandas, como se ha dicho, tienen en común algunos problemas jurídicos relevantes que, a juicio de la defensa, son la piedra angular de las solicitudes de nulidad por las cuales se invocó *"El respeto de las garantías de los intervinientes"* como finalidad principal del

recurso de casación. Sin embargo, dada la limitación propia de la sustentación, como lo anuncié anteriormente, concentraré la atención en la labor del juez de control de garantías y, posteriormente, la del juez de conocimiento en la verificación del allanamiento a cargos, en aquellos casos específicos en que los delitos subyacentes no fueron imputados por la Fiscalía de forma autónoma.

Este defensor no discute qué las labores del juez de control de garantías y la del juez de conocimiento, respecto de la verificación del allanamiento a cargos, están claramente diferenciadas, tal y como se expone, con toda precisión, entre otras decisiones, en la sentencia SP, 13 feb 2013, rad. 40053:

*"La razón de establecer diferencias entre juez de control de garantías y de conocimiento, para la verificación de que se trata de una aceptación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, estriba en que la intervención de uno u otro depende del momento en que esa renuncia a guardar silencio y al juicio oral ocurra, pues, sobra recordar que para la aceptación unilateral, pura y simple de cargos, existen tres espacios procesales claramente delimitados: (i) La audiencia de formulación de imputación; (ii) La audiencia preparatoria y; (iii) Al inicio de la audiencia de juzgamiento.*

*Está claro que esa verificación y el cumplimiento de la obligación de interrogar directamente al imputado (en el primer caso) o procesado (en los dos restantes), se halla a cargo del funcionario ante quien de manera directa se hace la manifestación de renuncia y porque ella necesariamente opera en audiencia y no fuera de la misma -espacio reservado a esa negociación de parte que comporta el preacuerdo-.*

*Entonces, sea ante el juez de control de garantías o en presencia del funcionario de conocimiento, lo que debe estimarse inobjetable es que no existe un tiempo o espacio procesal para retractarse, entendido ello como la simple manifestación de voluntad para desdecirse de lo aceptado, dado que, es fundamental considerarlo, cuando el juez de control de garantías verifica (en el escenario de la audiencia de formulación de imputación) que el allanamiento es libre, voluntario, consciente y completamente informado, lo único que cabe, procesalmente hablando, es acudir ante el juez fallador para que individualice la pena y profiera la correspondiente sentencia; y, si el procesado hizo esa manifestación ante el juez de conocimiento (audiencia preparatoria y al inicio del juicio oral), pues, una vez examinado el tópico en comento, al funcionario sólo le cabe proceder a individualizar la pena y proferir el fallo, sin que la ley otorgue otro término, o etapa, o procedimiento para facultar una ya imposible –en lo formal y material- retractación, cuando ella opera consecuencia, no de un vicio que afectó la voluntad del imputado o acusado, sino de su simple deseo de deshacer el compromiso asumido precedentemente.”*

Se resalta, por si acaso se ha generado alguna confusión al respecto, que no se ha echado de menos una nueva verificación de la aceptación de cargos por parte del juez de conocimiento. **El problema jurídico subyacente, en cambio, radica en que el juez de control de garantías no efectuó la verificación del allanamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con la naturaleza del tipo penal imputado.** Puesta de presente esa circunstancia, oportunamente, ante el juez de conocimiento, dicho funcionario judicial obvió el problema jurídico planteado pretextando que su intervención se circunscribía, únicamente, a convocar la audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Si se examinan cuidadosamente los registros de las sesiones de las audiencias preliminares del 15 al 18 de diciembre de 2015, en las cuales mis representados aceptaron cargos, se observa, con toda claridad, que el Juzgado 64 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá interrogó a los imputados, de forma lacónica, obviando realizar un examen minucioso acerca de la libertad, conciencia, voluntad y debida información respecto de la conducta aceptada, tal y como lo dispone el citado artículo 131 de Ley 906 de 2004.

Es posible que la actuación del Juez de Control de Garantías, a quien correspondió legalizar la imputación y verificar el allanamiento a cargos de mis representados, satisfaga el estándar de protección de garantías fundamentales respecto de la mayoría de los casos, en los cuales el allanamiento a cargos no involucra, de forma simultánea y ambigua, la aceptación de otras conductas ilícitas denominadas delitos fuentes o actividades delictivas subyacentes. Pero no ocurre lo mismo cuando, como en el presente caso, el delito imputado contiene elementos normativos que exigen el conocimiento o la realización de otras actividades delictivas, esto es, los delitos fuentes o actividades delictivas subyacentes.

He allí la importancia de que la Sala de Casación Penal no pierda de vista la lacónica intervención del Juzgado 64 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá al momento de interrogar a los imputados

acerca de la libertad, conciencia, voluntad y debida información respecto del delito aceptado por mis representados. La referida autoridad judicial no tuvo en cuenta que la aceptación de cargos involucraba, de forma abstracta, el delito de enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327 del C.P.), cuya estructura típica exige la acreditación de actividades delictivas fuente del incremento patrimonial injustificado, como lo ha señalado con toda claridad la jurisprudencia<sup>1</sup>:

*"El enriquecimiento ilícito de particulares es un tipo penal mono-ofensivo de conducta instantánea y contiene los siguientes elementos descriptivos:*

*i) La obtención de un incremento patrimonial de manera directa o por interpuesta persona.*

*ii) El incremento patrimonial es injustificado y debe provenir de actividades delictivas y,*

*iii) El particular debe saber que incrementó su patrimonio o el de un tercero y que ese beneficio proviene de actividades ilícitas."*

De forma concreta, la imbricación entre delito principal y delitos fuentes era aún más evidente. Según la imputación de cargos, los procesados incurrieron en la conducta de lavado de activos (artículo 323 del C.P.), el cual tuvo como delito subyacente el punible de enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327 del C.P.) y, este último, a su vez, se

---

<sup>1</sup> SP 29 ene 2020, rad. 47460, SP097-2020

configuró a partir de los delitos fuentes de contrabando (artículo 319 del C.P.) y exportación o importación ficticia (artículo 310 del C.P.).

Nótese, el Juez de Control de Garantías no interrogó a los procesados respecto de la "*debida información*" en torno de los elementos descriptivos de la conducta que estaban aceptando. No les preguntó si ellos eran conscientes de que habían obtenido un incremento patrimonial de manera directa o por interpuesta persona; si el incremento patrimonial era injustificado y provenía de actividades delictivas y, de si ellos tenían conocimiento de que incrementaron el patrimonio del tercero y el beneficio provenía de actividades ilícitas. En concreto, debía preguntarles si era cierto que ellos tenían conocimiento o habían realizado actividades de contrabando y exportación o importación ficticia a las que refería la imputación de cargos, como delitos fuentes del enriquecimiento ilícito de particulares.

Tal pesquisa era absolutamente necesaria para salvaguardar las garantías fundamentales de los procesados y verificar que se trataba de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa, tal y como lo exige el artículo 131 de Ley 906 de 2004. Basta con leer el fallo de segunda instancia para observar que, justamente, el Tribunal atribuyó a los condenados haber tenido una participación en las conductas de contrabando y exportación o importación ficticia que originaron los supuestos incrementos patrimoniales injustificados (páginas 21-22).

Para la defensa es absolutamente necesario que la Sala de Casación Penal, en atención a las finalidades de la casación<sup>2</sup>, aclare cuál es la función que deben cumplir los funcionarios judiciales, ya sea el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, en la verificación del allanamiento a cargos en aquellos casos específicos en que los delitos subyacentes, como lo son el contrabando y la exportación o importación ficticia, respecto del enriquecimiento ilícito de particulares, no han sido imputados de forma autónoma, puesto que frente a tal circunstancia, si no se hace el interrogatorio al procesado en debida forma, se produce una ambigüedad respecto de cuáles conductas fueron objeto de aceptación de cargos y de las consecuencias de tal determinación.

Nótese, en este caso, mis representados únicamente aceptaron el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Respecto de las conductas imputadas de lavado de activos y concierto para delinquir no hubo allanamiento a cargos. Lo más importante, nunca aceptaron su participación o conocimiento en relación con los delitos de contrabando e importaciones ficticias, ni la autoridad judicial les interrogó sobre tales asuntos. Para mayor claridad, la Fiscalía jamás les ha imputado formalmente tales conductas delictivas. A la fecha, cursa ante el Juzgado 04 Penal del Circuito Especializado de Bogotá, el proceso No.

---

<sup>2</sup> La jurisprudencia constitucional ha señalado que este tiene “el fin primordial de unificar la jurisprudencia nacional, promover la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos, reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida y, adicionalmente, en el Estado Social de Derecho, velar por la realización del ordenamiento constitucional –no solamente legal- y, en consecuencia, por la realización de los derechos fundamentales de los asociados” Sentencia C-880 de 2014.



10016000096-2008-00234, en el cual los condenados, además de otros procesados, debaten la materialidad de los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir y, por supuesto, niegan cualquier participación en las supuestas actividades delictivas de contrabando y exportación o importación ficticia, subyacentes del punible de enriquecimiento ilícito de particulares.

Lo anterior significa, en dos niveles diferentes, que la aceptación de la responsabilidad por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares no estuvo precedida de una "*debida información*" que permitiera a los imputados tener claridad suficiente sobre el alcance de tal determinación.

En un primer nivel, los imputados no contaron con la debida información que les permitiera comprender que al aceptar el delito de enriquecimiento ilícito de particulares no solo estaban reconociendo que enriquecieron a un tercero, también, implícitamente estaban reconociendo que ellos tenían conocimiento del origen ilícito de tal beneficio e, incluso, como lo afirman los fallos condenatorios, que ellos participaron activamente en los delitos de contrabando y exportación o importación ficticia.

En un segundo nivel, también debido a la estructura de la imputación realizada por la Fiscalía, tampoco contaron con la "*debida información*" que les permitiera tener claridad suficiente para comprender que al

aceptar el delito de enriquecimiento ilícito de particulares estaban reconociendo la materialidad del punible de lavado de activos, frente al cual, como se ha dicho, no aceptaron cargos.

Como consecuencia directa de lo anterior, la mera aceptación de cargos por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, a demás de conducir a la condena que hoy es objeto del recurso de casación, está produciendo efectos jurídicos no previstos sobre las garantías fundamentales de mis representados, por un lado, tenemos las motivaciones del Tribunal en el sentido de que los condenados incurrieron en los delitos subyacentes de contrabando y exportación o importación ficticia, conductas respecto de las cuales ellos no aceptaron cargos y, por otro, mis defendidos temen la erosión de su derecho a la defensa en el proceso que cursa ante el Juzgado 04 Penal del Circuito Especializado de Bogotá, respecto del delito de lavado de activos como consecuencia de la condena por el delito subyacente. Se insiste, respecto a esos efectos jurídicos no previstos sobre las garantías fundamentales de mis representados, el Juzgado 64 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá no formuló el interrogatorio necesario y tampoco lo hizo el juez de conocimiento una vez que la defensa le puso de presente la referida irregularidad.

La jurisprudencia ordinaria en lo penal no ha abordado el impacto que tiene la falta de la debida información en el consentimiento de los sujetos en el marco de la aceptación de cargos, en gran medida porque presupone que la presencia del defensor de confianza del imputado o

acusado permite superar cualquier dificultad al respecto. La salvaguarda del apoderado judicial puede ser cierta en abstracto y en la mayoría de los casos, pero qué ocurre cuando, en efecto, se evidencia que el individuo no contó con la debida información y su voluntad resultó afectada debido a la estructura de la imputación, en la que algunos tipos penales contienen elementos normativos que significan otros delitos que no han sido explícitamente imputados y frente a los cuales la autoridad no hizo el interrogatorio adecuado a fin de dilucidar claramente si el procesado tuvo conocimiento y/o participación de éstos en algún grado.

La jurisprudencia laboral, por solo poner un ejemplo, ha decantado una línea jurisprudencial sobre "*el engaño o vicio del consentimiento*" para solucionar los problemas derivados de la "*falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual*", la cual se reseña a continuación:

*"Al efecto, sobre **la decisión libre y voluntaria** que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia SL19447-2017, ha sido consistente en señalar que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de **libertad informada**, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea. Tampoco se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con*

*solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”<sup>3</sup> (resaltado fuera de texto)*

A las circunstancias de “falta de la debida información”, la jurisprudencia laboral no ha dudado en denominarla como “engaño o vicios del consentimiento”:

*“Contrario a lo inferido por el juzgador de segunda instancia en su fallo, **el engaño o vicios del consentimiento** no pueden estar atados en estos casos, al hecho de que la asegurada esté próxima a pensionarse, tenga alguna expectativa legítima de acceder a ese derecho prestacional, o haya cumplido uno de los requisitos para ello, como erradamente lo sostuvo, sino que **se deriva, de la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional.**”<sup>4</sup> (resaltado fuera de texto)*

Si bien esa línea jurisprudencial no constituye una fuente de precedente obligatorio o vinculante para la jurisdicción penal, el criterio sobre la existencia de un vicio de consentimiento, por falta de la debida información, resulta muy pertinente, por cuanto una decisión que se

---

<sup>3</sup> SL 10 abr 2019, rad. 56174, SL1421-2019

<sup>4</sup> SL 7 abr 2021, rad. 84960, SL1234-2021

fundamenta en información errada o incompleta no puede calificarse, simple y sencillamente, de libre, consciente y voluntaria.

La irregularidad advertida pudo evitarse, por lo menos, de dos maneras. La primera, mediante la imputación formal y transparente, por parte de la Fiscalía, de los delitos de contrabando y exportación o importación ficticia. Pero, esa ruta hubiese puesto de manifiesto una contradicción evidente, los imputados no podían, al menos de forma coherente, aceptar el delito de enriquecimiento ilícito de particulares y, simultáneamente, rechazar su conocimiento o participación en la actividad delictiva subyacente, lo que en últimas ocurrió.

La segunda, mediante el interrogatorio realizado por la autoridad judicial, encaminado a verificar cada una de las exigencias contenidas en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, incluida por supuesto, la "*debida información*" con que contaban los imputados para aceptar cargos por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Pero como no se realizó la verificación en debida forma por parte del juez de control de garantías, correspondía al juez de conocimiento, en cuanto el asunto le fue puesto de presente por la defensa, anular la aceptación de cargos por la existencia de un vicio en el consentimiento de los imputados, de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 293 Ibidem.

En ese orden, cuando la defensa censura la deficiencia en la verificación del allanamiento, tanto del juez de control de garantías como del juez de conocimiento, no refiere a que ambos debían ejercer la misma actividad, de forma sobrepuesta, sino a que no debió dictarse sentencia condenatoria sin previamente verificar las circunstancias en que ocurrió el allanamiento a cargos. Ante la omisión advertida, correspondía, necesariamente, al juzgador de conocimiento intervenir a fin de proteger las garantías fundamentales de los procesados, petición que no fue atendida y, por tal razón, ese problema jurídico ha trascendido hasta este escenario.

En esos términos, la defensa finaliza la sustentación del recurso de casación según lo previsto en el inciso cuarto del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

De los Honorables Magistrados, con altos sentimientos de consideración y respeto soy su obsecuente estimador,



FRANCISCO BERNATE OCHOA

CC 79.801.561 de Bogotá DC

TP 106.176 del H C S de la J

