

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicado: 050016000206201626592
Procesados: Yeison León Cuartas Ríos
René Alejandro Sánchez Cuartas
Luís Alfredo Salcedo Lugo
Delitos: Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Apelación de Sentencia
Sentencia: No. 085- Aprobada por acta No. 141 de la fecha.
Decisión: Decreta nulidad
Lectura: 28/09/2017- Hora: 10:30 a.m.

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se resuelve por parte de esta Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la víctima **Koba Colombia S.A.S., propietaria del establecimiento comercial Minimercado D1 Escobero Alto**, en contra de la sentencia condenatoria del 11 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Envigado, por medio de la cual condenó a los señores **Yeison León Cuartas Ríos, René Alejandro Sánchez Cuartas y Luis Alfredo Salcedo Lugo** a la pena

de 18 meses de prisión, al hallarles cómplices del delito de hurto calificado y agravado.

2. CUESTIÓN FÁCTICA Y DESARROLLO PROCESAL

El 24 de mayo de 2016 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de Garantías de Envigado se llevaron a cabo las audiencias preliminares en donde se le impartió legalidad al procedimiento de captura de los señores **Yeison León Cuartas Ríos, René Alejandro Sánchez Cuartas y Luis Alfredo Salcedo Lugo** y se formuló imputación en contra de estos por el delito de hurto calificado y agravado en calidad de autores de conformidad con los artículos 239, 240 inciso 2 y 241 numeral 10 y 11 del C.P., quienes decidieron no aceptar los cargos y, finalmente, les fue impuesta medida de aseguramiento consistente de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 15 de julio de 2016 la Fiscal 283 Local presentó ante los jueces penales municipales con funciones de conocimiento de Envigado escrito en el que condensó el relato de la denuncia presentada por una de las víctimas de la siguiente manera:

“el día 23 de mayo de 2016, siendo aproximadamente la 08:45 de la noche me encontraba trabajando en el D1 que queda ubicado en la loma del escobero (sic), calle 36D SUR CON CRA 25B, como ya casi era hora de cierre procedí a cerrar una de las caja ya que habían dos habilitadas, cogí todo el dinero y entre a la oficina, me dispuse a contar la plata y la consigne en la caja fuerte, luego me dispuse a realizar el arqueo de la caja menor, en ese momento sentí que alguien abrió la puerta de la oficina, cuando volteé a ver me di cuenta que estaba entrando una persona de sexo masculino encapuchada y portada (sic) un arma de fuego, luego entro mi compañera de trabajo de nombre Mónica Duque, la cual venía siendo estrujada por otro sujeto que tenía la mitad del rostro tapado con un buzo, pero este no portaba armas, el sujeto que estaba armado empezó a amenazarme y me dijo que le entregara toda la plata, entonces este mismo sujeto cogió la plata que yo estaba contando la cual eran

unos billetes que estaban en una cartuchera color amarillo y las monedas que estaban en unos costales pequeños, este sujeto le entrego los costales con las monedas al otro sujeto y él se quedó con la cartuchera que tenía los billetes, luego cogió mi celular que estaba sobre la mesa y le dijo a mi compañera que le entregara también el celular de ella, pero ella le dijo que no lo tenía, le hizo sacar todo lo que tenía en el bolsillo del delantal y al ver que ella no tenía nada entonces empezó a decirme que le entregara (sic) las llaves de la caja fuerte, yo le dije que no las tenía, entonces el amenazándome con el arma de fuego me dijo que era una mentirosa, que le entregara las llaves de la caja fuerte, yo nuevamente le dije que no manejaba esas llaves, entonces el me hizo sacar todas las cosas que yo tenía en el bolsillo del delantal y al ver que no tenía las llaves de la caja fuerte me dijo a mí y a mi compañera que nos teníamos que quedar en la oficina y que no fuéramos a salir ya que había alguien vigilando, y ellos dos salieron y se fueron; yo me asome por la ventanita de la oficina y cuando vi que no había nadie de inmediato salí y oprimí el botón de pánico de la empresa de seguridad, como vi que en la parte externa de la tienda había mucha gente entonces salí y en ese momento escuche que sonaron unos disparos y vi que bajaron unos policías en una moto y me preguntaron por lo que había pasado, entonces yo les dije que uno de ellos tenía puesta una chaqueta negra, sudadera negra con rayas verdes fluorescentes, pasamontañas negro con el cual tenía tapado el rostro el cual portaba un arma de fuego, el otro sujeto vestía un buzo de capucha color gris, gorra gris, jean azul claro y tenis grises y que había otro que al parecer se había quedado en la parte de afuera pero a este no lo logre ver, entonces ellos me dijeron que habían logrado coger a uno el cual estaba herido, entonces ellos me pidieron que les mostrara los videos de las cámaras por lo cual entramos hasta la oficina y vimos en las cámaras en el momento que entraron estos dos sujetos hasta la tienda, el de negro ya tenía el pasamontañas puesto pero el de gris no tenía nada puesto en el rostro por lo cual se le ve completamente la cara, entonces ellos me preguntaron que me habían hurtado y yo hice la cuenta y les dije que me habían hurtado la suma de \$1.440.000 de en efectivo entre billetes de diferentes denominaciones y monedas de cien y cincuenta pesos y mi celular marca Samsung gran prime avaluado en \$550.000 ...”

El proceso correspondió por reparto al Juzgado 2 Penal Municipal de Envigado Antioquia, despacho que en audiencia celebrada el 19 de agosto de 2016 reconoció como víctima del punible endilgado a Almacenes D1 y a la señora Karen Sofía Calle y dejó constancia que los perjuicios se tasaron en \$951.000 distribuidos en \$501.000 de dinero hurtado y \$450.000 del celular de la víctima Karen Sofía. Allí se formuló acusación en contra de los señores **Yeison León Cuartas Ríos, René Alejandro Sánchez Cuartas y Luis Alfredo Salcedo Lugo** por el concurso de conductas punibles de hurto calificado y agravado de conformidad a los artículos 31 C.P.

El 20 de octubre de 2016, al iniciarse la audiencia preparatoria, la Fiscalía solicitó el uso de la palabra y manifestó haber llegado a un preacuerdo con los acusados y su defensor que consistía en que los acusados aceptaban los cargos endilgados (artículos 31, 239, 240, 241 y 268 del C.P.) y a cambio de ello el ente Acusador degradaba la calidad en la que actúan los implicados, de autor material a cómplices de la conducta punible, lo que les generaba una rebaja de la mitad de la pena mínima a imponer y estos reintegrarían lo hurtado que asciende a \$951.000. Además, se les reconocería el 50% de rebaja en aplicación del artículo 269 Penal, quedando una pena a imponer de 18 meses de prisión.

En la misma audiencia, luego de que se expusieran los términos del preacuerdo, arribó el doctor Miguel Díaz Rugeles, quien adujo ser el apoderado de la empresa Koba Colombia SAS, propietario de D1, víctima, quien manifestó que no tiene oposición a la celebración del preacuerdo pero sí al reconocimiento de la rebaja por indemnización integral que le ofrece el ente Acusador a los procesados, pues no tiene conocimiento de que se hubiera indemnizado integralmente a su representada.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia en virtud del preacuerdo al que llegaron los señores **Yeison León Cuartas Ríos, René Alejandro Sánchez Cuartas y Luis Alfredo Salcedo Lugo** acompañados de su defensor y el representante de la Fiscalía General de la Nación, en el que acordaban que la pena a imponer sería de 18 meses de prisión, emitió condena en disfavor de los citados, imponiendo como pena la acordada por las partes e igual pena para inhabilitaciones en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Respecto de la concesión de subrogados la agencia judicial los negó por existir prohibición expresa para el delito por el que vienen siendo juzgados los señores **Cuartas Ríos, Sánchez Cuartas y Salcedo Lugo**.

Finaliza indicando que, teniendo en cuenta que ya las víctimas se encuentran reparadas totalmente, no se les activa el derecho a iniciar el incidente de reparación integral de que trata el artículo 102 del C.P., modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado judicial de la víctima Koba Colombia SAS, propietaria del Mini mercado D1 Escobero Alto, adujo estar inconforme con la sentencia de primera instancia, únicamente en lo que refiere al reconocimiento de la rebaja por la indemnización integral de la que trata el artículo 269 del C.P., como quiera que el juez no constató que esa reparación se hubiera producido respecto de su representada, pues sin mayores argumentos indicó en entrevista realizada por la Fiscalía a la señora Karen Sofia Calle, víctima y empleada de Koba Colombia SAS, esta fijó los perjuicios tanto de ella del Minimercado D1 Escobero Alto en la suma \$951.000 y como esa fue la cantidad que consignaron los procesados, se cumplía con el presupuesto consagrado en el artículo antes citado.

Señala que no es cierto que hubiera ocurrido la indemnización advertida por los sujetos procesales y concluida por el juez en la sentencia, pues la señora Karen Sofia es simplemente una empleada de la persona jurídica también víctima y no contaba con poder de representación para fijar la suma de los perjuicios, pues en la entrevista rendida por esta y aportada por la Fiscalía

General de la Nación, a lo sumo, podría dar cuenta del objeto material del delito y jamás de la fijación de los perjuicios respecto de Koba Colombia SAS.

Advierte que para proceder al pago de los perjuicios y con ello poder aplicar la figura del artículo 269 Penal, lo procedente era el nombramiento de un perito avaluar para que fijara el monto de los mismos o, en su defecto, citar a la víctima en un incidente de reparación integral anticipado.

Señala que le parece muy grave el hecho de que en la sentencia el fallador indicara que no se pronunciaría sobre el incidente de reparación integral por cuanto ya las víctimas habían sido reparadas, contrariando, además, lo que ya había afirmado al momento de aprobar el preacuerdo, cuando señaló que pese a que imperaba la rebaja del 50% por la reparación integral efectuada por los procesado respecto de las víctimas, no significaba que estas tuvieran que estar de acuerdo con la suma reconocida y por ende, en momento posterior, podrían acudir al incidente de reparación integral.

Aduce que la reparación integral es totalmente diferente al reintegro exigido por el legislador para efectuar los preacuerdos y para que opere la rebaja del canon 269 debe cumplirse con los dos pagos, lo cual no ocurrió en el presente evento, pues el valor de lo hurtado, concretamente a la tienda D1, fue de \$1.455.000 y ese mismo día fue recuperada la suma de \$954.000 quedando un faltante de \$501.000 que fue consignado por los procesados, con lo que se entiende reintegrado el valor de lo hurtado, más no los perjuicios sufridos con el ilícitos, que ahora tasan concretamente en la suma de \$4.746.114.

En consecuencia de lo anterior, solicita se modifique la sentencia condenatoria referenciada en lo atinente al reconocimiento de la rebaja del 50% por aplicación errónea de la figura del artículo 269 CP.

5. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

5.1. FISCALÍA:

El Fiscal 286 Local de Envigado, Antioquia, obrando como sujeto procesal no recurrente, indicó que el apelante desconoce que fue la misma señora Karen Sofia Calle quien se presentó a la citación que le hiciera la Fiscalía bajo la calidad de mandataria del almacén D1, para lo cual aportó el certificado de existencia y representación legal de la persona jurídica.

Además, señala que fue la citada víctima quien rindió declaración jurada en la que tasó los perjuicios en \$951.000, por lo que los procesados procedieron a hacer la consignación de esa suma y por ende resultaba obligatorio el reconocimiento del beneficio consagrado en el artículo 269 C.P.

Por lo anterior, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

5.2. DEFENSOR

El defensor de los procesados **Yeison León Cuartas Ríos, René Alejandro Sánchez Cuartas y Luis Alfredo Salcedo Lugo**, se pronunció como no recurrente señalando que no puede intervenir el apoderado de la víctima en la tasación de la pena impuesta a sus representados como quiera que la misma es producto de la celebración de un preacuerdo entre la Fiscalía y los procesados, a lo que la jurisprudencia le ha imprimido un alto grado de autonomía, máxime que el mismo deviene legal.

Señala que no comprende la inconformidad del apoderado de víctima cuando claramente los perjuicios, según la RAE, no son otra cosa que el detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa, y en el presente evento, esos perjuicios no son otros que la suma de \$951.000, los que fueron pagados en su integridad por los procesados, por lo que claramente debe quedar reparado el daño causado.

Advierte serias inconformidades con la sumatoria de los perjuicios enlistados por el recurrente con el escrito de apelación, porque en el mismo está pretendiendo doblemente unos perjuicios que ya fueron reparados.

En consecuencia, solicita se mantenga incólume la decisión de primera instancia.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

6.1. Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por el representante judicial de la víctima, Koba Colombia SAS propietario del Minimercado D1 Escobero Alto, en contra de la sentencia emanada del Juzgado 2º Penal Municipal de Envigado Antioquia con Funciones de Conocimiento, en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Del caso en concreto

Correspondería en este momento entrar a analizar de fondo los argumentos propuestos por el representante de la víctima, sino fuera porque sin mayor esfuerzo aquí se observa una flagrante vía de hecho por violación al principio de legalidad que conlleva a la necesaria anulación de lo actuado, como se verá a continuación:

En el nuevo esquema procesal introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, se privilegió los mecanismos de justicia premial o negociada, como una estrategia político criminal para hacerle frente al ya histórico problema de congestión judicial y con ello poder ofrecer una justicia pronta y cumplida como objetivo de primer orden constitucional.

Para ello el legislador consagró, entre otras, las figuras del allanamiento a cargos y los preacuerdos, como formas de juicio abreviado en donde la ley otorga unas rebajas de pena, bien sea porque el procesado decide unilateralmente allanarse a los cargos que le imputó el Ente Instructor¹, o bien porque al delegado de esta entidad se le permite alegar de manera que en términos de cuantificación punitiva salga beneficiado el procesado².

Estas figuras han tenido un extenso y consolidado precedente jurisprudencial tanto de la Corte Suprema de Justicia³, como de la Corte Constitucional⁴, fruto de lo cual hasta el momento se ha decantado como *ratio decidendi* o sub regla jurisprudencial que en materia de justicia negocial, el juez, de conocimiento o de control de garantías, necesariamente para aprobar o validar la aceptación unilateral de cargos o el convenio entre las partes, debe verificar, al tenor de lo establecido en el artículo 351 procesal, de un lado, que la susodicha aceptación fuere producto de la decisión libre, consciente,

¹ Arts. 351, 355 y 367 de la Ley 906 de 2004

² Art. 350 idem

³ Confrontar, entre otras las sentencias con radicados 31531 de 2009, 39886 de 2013, 39892 de 2013, 40871 de 2014, 41570 de 013 y las de tutela 69478 de 2013 y 70392 de 2013.

⁴ Confrontar, entre otras, la C-059 de 2010 y C-1260 de 2005

voluntaria y debidamente informada del procesado y de otro, que el allanamiento o acuerdo no afecte o vulnere garantías fundamentales, entre las que se encuentra **el principio de legalidad de los delitos y de las penas**, que por cierto no solo cubre al procesado, sino también a las víctimas y a la sociedad misma, lo que implica que el respeto irrestricto sobre la adecuación típica y la tasación de las penas dentro de los precisos límites fijados por el legislador es un imperativo de obligatorio cumplimiento tanto para las partes, como para el juez.

Así lo estableció la Corte Suprema:

“Empero, lo cierto es que la remisión que hace el Tribunal a variados pronunciamientos de la Corte, tan solo reafirma lo sostenido por ésta a partir del fallo del 19 de octubre de 2006⁵, en cuanto a que la autoridad judicial a más de verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, debe velar por el respeto absoluto de las garantías fundamentales, dentro de las cuales se encuentran la legalidad de los delitos y de las penas, así como las de tipicidad y jurisdiccionalidad del sistema”⁶.

Ahora bien, este asunto de la legalidad de los delitos y las penas, en el campo académico y de la judicatura ha generado amplias y razonables polémicas en lo que tiene que ver con el rol del juez frente a ese control, que la Sala de Casación Penal ha zanjado de manera categórica en el sentido de que al juez le queda vedado cualquier control material sobre la imputación, la acusación o los preacuerdos, salvo que de por medio esté una burda violación al principio de tipicidad o el desbordamiento de los límites punitivos establecidos por el legislador, lo que en últimas configuraría una vía de hecho, circunstancia excepcional y única en la que podría intervenir el juez para improbar el preacuerdo o el allanamiento a cargos, debido a la ilegalidad del procedimiento.

⁵Radicación 25724.

⁶C.S.J., sentencia 41570 del 20 de noviembre de 2013

Así lo tiene por demás claro la Sala de Casación Penal, cuando en uno de sus fallos de casación reiteró:

“En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

2. Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales (auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27.218).

(...)

No obstante, respecto de la admisión de cargos, se ha advertido que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino igual la de los delitos y de las penas, en el entendido de que esta estructura un derecho fundamental, enmarcado dentro del concepto genérico del debido proceso a que se refiere el artículo 29 constitucional. Por tanto, de resultar manifiesto que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, el juez se encuentra habilitado para intervenir, pues en tal supuesto la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal, frente a esa trasgresión de derechos y garantías superiores (sentencias del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28.872 y 31.280, en su orden).⁷ (negritas fuera de texto).

De otra parte y ya en el aspecto procesal, es muy cierto que la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal tiene un amplio campo de acción para diseñar la acusación y que por tanto, de acuerdo a decantada jurisprudencia penal, no hay la posibilidad de que se haga control material a la misma ni por las partes ni por el juez, salvo que se trate de una vía de hecho por violación al principio de tipicidad o al de legalidad de las penas, tal como ya se expuso *in extenso*.

Para delimitar cuando hay una vía de hecho, la Corte ha establecido varias subreglas, entre las cuales está la de que la Fiscalía para entrar en negociaciones con la defensa debe partir de una tipificación objetiva, real y circunstanciada de la conducta delictual que investiga, para luego si optar por

⁷ Sentencia 39892 del 6 de febrero de 2013, traída como cita de precedente en la sentencia 40871 del 16 de julio de 2014.

cualquiera de las alternativas que permite el artículo 351 procesal, esto es negociar sobre los hechos imputados para que el procesado obtenga una pena disminuida o pactar directamente una rebaja de la sanción en concreto, con la advertencia de que el preacuerdo solo puede versar sobre uno de estos dos tópicos, es decir, que las partes pueden pactar sobre los hechos y sus consecuencias o sobre la pena, pero nunca sobre los dos a vez tal como claramente se advierte del texto de la norma en comentario:

“También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.”

Teniendo clara, entonces, la facultad que le asiste al juez de controlar materialmente el preacuerdo **únicamente** cuando evidencie una vía de hecho en la negociación, bien por violación al principio de tipicidad ora por el desbordamiento de los límites punitivos creados por el legislador, corresponde en este momento analizar el caso en concreto para determinar si el preacuerdo celebrado por las partes y aprobado por el juez de instancia no incurre en este tipo de vicios. Solo una vez descartada tal cuestión, se entraría a analizar de fondo el recurso del apelante.

Los hechos que generaron la presente investigación penal es el hurto que los señores **Yeison León Cuartas Ríos, René Alejandro Sánchez Cuartas y Luis Alfredo Salcedo Lugo** cometieron el 23 de mayo de 2016, siendo aproximadamente las 8:45 p.m., sobre el establecimiento comercial Minimercado D1 Escobero Alto y la señora Karen Sofia Calle trabajadora de dicho establecimiento, a quienes, bajo amenaza con arma de fuego, despojaron de la suma de \$1.440.000 y un teléfono celular, respectivamente.

La Fiscalía tipificó la conducta descrita en la imputación con fundamento en los artículos 239, 240 numeral 2, 241 numeral 10 todos del Estatuto Penal Represor; no obstante, al momento acusar manifestó corregir esa tipificación en el sentido de que lo endilgado respecto al canon 240 no era el numeral 2, sino el inciso 2 y, además, adicionó el escrito imputando el concurso de conductas, de conformidad al artículo 31 *ibidem*.

Al presentar el preacuerdo, también, el Fiscal adicionó esa tipificación reconociendo a los procesados el atenuante consagrado en el artículo 268 *idem* considerando que efectivamente se habían hurtado, con una sola acción a dos personas diferentes, y por lo tanto la cuantía de los objetos hurtados, vistos individualmente⁸, no superaban 1 salario mínimo legal mensual vigente para el año 2016⁹, como quiera que si bien a la persona jurídica víctima se le había despojado de la suma de \$1.440.000, luego de que se diera la captura en flagrancia se había recuperado una parte de esa cantidad y por lo tanto la apropiación solo podría tomarse respecto de lo no recuperado, esto es \$501.000.

Debe aclararse que esa modificación, la Fiscalía la hizo a *mutuo proprio*, pues el delegado del ente Acusador no indicó que ello hiciera parte del acuerdo, sino que partiendo de esa tipificación se haría el pacto.

Al respecto advierte la Sala que es evidente que tal tipificación por sí sola, sin mirar hasta ahora lo acordado, viola el principio de tipicidad de manera flagrante, pues claramente la atenuante que consagra el artículo 268 Penal no operaba respecto de los delitos imputados, como quiera que no es cierto lo que asevera la Fiscalía para actuar de tal forma, por lo siguiente:

⁸ A Karen Sofia Calle un celular por valor de \$450.000 y a Minimercado D1 Escobero Alto la suma de \$501.000

⁹ \$689.454

El valor de lo hurtado no debía evaluarse individualmente, pues en el presente evento no existe un concurso de hurtos como erradamente lo imputó la Fiscalía, porque el patrimonio económico por ser un derecho individual, que no personalísimo, se infringió por una única vez en un número plural de víctimas, es decir, la conducta censurada se desarrolló en único momento aunque hubiera afectado coetáneamente bienes jurídicos de índole real de diversos titulares, por lo que debe entenderse que el delito es uno solo dada la impersonalidad del bien jurídico protegido.

En consecuencia, en el presente evento los procesados ingresaron al establecimiento público a hurtar el dinero perteneciente al mismo, pero, adicionalmente despojaron a una empleada de dicho establecimiento de su celular personal, todo lo cual debe entenderse como que se perpetró un solo hurto y por tanto la cuantía de lo robado debe mirarse en conjunto, teniendo en cuenta el valor de la totalidad de los bienes de los que se apropiaron los procesados y, jamás, individualmente lo referente a cada víctima, pues como se vio, en este evento no se da el concurso de conductas punibles.

Ahora, y si en gracia de discusión se tomara el valor de los objetos hurtados individualmente con miras a establecer la cuantía del delito y, en consecuencia, se apreciara el dinero perteneciente al establecimiento de comercio de un lado (\$1.440.000) y, por otro, el valor del celular del que se despojó a la empleada (\$550.000), la cuantía también sería superior a un salario mínimo mensual legal vigente para el año 2016 (\$689.454) y, por ende tampoco operaba el reconocimiento de la atenuante concedida por la Fiscalía.

En efecto, nótese que la sola apropiación del dinero del establecimiento comercial obedece a una suma muy superior al salario mínimo legal mensual vigente para el año de los hechos, y no puede afirmarse, como erradamente

lo hace el Fiscal y el defensor, que el hurto únicamente recae sobre lo que no se pudo recuperar por los Policiales al momento de capturar a los forajidos, esto es sobre \$501.000.

No, esa apreciación no tiene ningún asidero legal, jurisprudencial y menos lógico, porque el ilícito se perfeccionó sobre la suma señalada inicialmente; esto es \$1.440.000; no obstante, en un acto pos delictual se haya logrado despojar a los procesados de una parte del dinero hurtado y ello para nada puede significar que es respecto de ese remanente que se predica exclusivamente el punible. A lo sumo, entonces, la cantidad que no se logró recuperar en esa acción pos delictual, podría ser considerada para efectos del reintegro exigido por el artículo 349 C.P.P. y la reparación integral del canon 269 Penal, en tratándose de perjuicios materiales, y jamás para la tipificación del delito.

Así, claro es que la Fiscalía no podía conceder la atenuante referida, pues de las circunstancias fácticas endilgadas no se desprende la existencia de la misma. En consecuencia, esa adecuación típica era de por sí ya un gran beneficio para los imputados porque de tajo les está bajando la pena de una tercera parte a la mitad.

No obstante lo anterior, el ente Instructor fue mucho más allá y en virtud de un preacuerdo otorgó adicionalmente una disminución de la sanción privativa de la libertad a la mitad al degradarles la participación en los ilícitos, de autores a cómplices, con lo que violó abiertamente la prohibición traída a referencia del artículo 351 procesal, en el sentido de que concedió más de un beneficio en el citado preacuerdo, si se tiene en cuenta, además, la gracia concedida en la tipificación de los punibles al reconocer el atenuante del artículo 268 Penal, salta de bulto la ilegalidad de la actuación.

No conforme con tantos beneficios ya concedidos a estos ciudadanos, las partes, en el mismo acuerdo, establecieron una rebaja del 50% por indemnización integral de perjuicios establecida en el canon 269 Penal, lo que de paso sea dicho no debió pactarse porque no es un beneficio sino un derecho que opera siempre que se acredite fehacientemente que se presentó la reparación.

Así entonces, con base en esa otra rebaja del 50% por indemnización integral, el Fiscal tasó la pena a imponer en 18 meses de prisión, dejando al juez desprovisto de toda actividad, lo que no es malo siempre y cuando esa actuación desplegada por las partes se ajuste a la legalidad, sin embargo eso no es lo que ocurre en el *sub examine*.

Luego de todo el recuento factico y de los términos de la negociación de la Fiscalía y los procesados, para esta Sala salta de bulto la ilegalidad del pacto y por ello considera que el juez de primera instancia no tenía otra alternativa que improbar el preacuerdo por ser el mismo abiertamente violatorio del debido proceso a través de su componente del principio de legalidad de los delitos y de las penas; pero además de las garantías procesales de las víctimas.

Pero lo más sorprendente para la Colegiatura es que el juez de conocimiento aceptara la susodicha reparación integral advertida por la Fiscalía y con ello otorgara a los procesados la rebaja de que trata el artículo 269 C.P., pues claramente para que opere la misma es necesario, no solo que se restituya lo hurtado o su valor, sino también que se indemnicen los perjuicios (materiales y morales) ocasionados con el delito, sin que sea disyuntiva la obligación y, como se vio, en el presente evento los señores **Yeison León Cuartas Ríos, René Alejandro Sánchez Cuartas y Luis Alfredo Salcedo Lugo** solo restituyeron el valor de lo hurtado y jamás indemnizaron los perjuicios, por lo

menos, no de la persona jurídica afectada, única llamada a tasar los mismos, bien directamente o a través de un perito.

Y es que en esa supuesta tasación de los perjuicios que concluyeron las partes y la judicatura, echa de menos esta Sala el valor de los mismos respecto al establecimiento comercial afectado, al punto de poder asegurar que no han sido reparados los mismos y por ende no deviene procedente la rebaja del 50% otorgada por indemnización integral.

Ello, como quiera que si bien la Fiscalía afirma con vehemencia que la señora Karen Sofia Calle, también víctima del hurto juzgado y quien para el momento de los hechos fungía como cajera del establecimiento comercial, tenía facultades para fijar los perjuicios del Minimercado D1 Escobero Alto, por el simple hecho de que esta acudió a la citación que el ente Acusador le hizo para tal fin y allí se acompañó de un certificado de existencia y representación legal de la persona jurídica, es lo cierto, que de tal documento no se desprende en lo absoluto que Karen Sofia fuera su representante legal, apoderada o que tuviera las atribuciones requeridas para determinar los perjuicios.

Es claro que al ser dos las víctimas del ilícito juzgado en esa ocasión (Minimercado D1 Escobero Alto y la señora Karen Sofia Calle), los perjuicios (morales y materiales) se tenía que fijar por parte de las dos personas o en su defecto de un perito, sin que pueda pensarse que con la declaración de la señora Sofia Calle quedaban establecidos los perjuicios de ambas víctimas, pues esta a lo sumo lo podría hacer respecto de ella, pero jamás en lo que refería al Minimercado asaltado, porque no tenía ninguna facultad para hacerlo o, por lo menos ello no fue acreditado en el trámite de la actuación, como quiera que si se mira el certificado de existencia y representación legal aportado por la misma señora Calle a la Fiscalía y expedido por la Cámara de

Comercio Aburrá Sur, sin mayor esfuerzo se establece la falta de legitimación para tasar los aludidos perjuicios respecto al Minimercado D1 Escobero Alto.

Es más, hasta irregular también ve esta Sala la diligencia en donde Karen Sofía tasa los perjuicios respecto de sí misma, porque al parecer el delegado del ente Fiscal jamás le explicó a la señora en qué consistía la fijación del valor de los perjuicios por ella sufridos con la comisión del delito y la deferencia que había entre estos y el valor de lo hurtado. Sin embargo, como ello no fue censurado por la interesada, podría quedar incólume, sino fuera por los otros vicios que se advirtieron en precedencia.

Inexcusable resulta para esta Sala de decisión que a estas alturas, las partes e, incluso, el juez confundan las figuras de la restitución del objeto del delito o reintegro de los mismos con la de la indemnización de los perjuicios, ambas figuras necesarias e indispensables para el reconocimiento de la rebaja contenida en el artículo 269 Penal y la primera de ellas indefectible para la celebración de un preacuerdo (canon 349 Procesal).

De todo lo anterior, se concluye que desde cualquiera que sea el punto que se mire este asunto, el preacuerdo avenido entre la Fiscalía y los procesados, asesorados de su defensor fue violatorio del debido proceso y de las garantías procesales y constitucionales de las víctimas y por tanto, al juez de instancia no le quedaba otra alternativa que improbarlo; pero como así no lo hizo, debe esta Colegiatura necesariamente de manera oficiosa y de conformidad con el artículo 457 procesal, entrar a invalidar lo actuado a partir de la audiencia preparatoria celebrada el día 20 de octubre de 2016, para que una vez se instale dicho acto procesal, las partes, si a bien lo tienen, puedan recomponer el preacuerdo en los términos de ley, o se continúe con el trámite ordinario, advirtiéndole a la Fiscalía que al tipificación de los punibles endilgados quedó consolidada en la audiencia de formulación de

acusación y por tanto cualquier modificación que pretenda realizar sobre la misma, hará parte del preacuerdo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

7. RESUELVE:

Primero: DECRETAR LA NULIDAD de este proceso a partir de la audiencia preparatoria, inclusive, para que se proceda de conformidad con lo explicitado en la parte motiva.

Segundo: Frente a esta decisión solo procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado en qué eventos puede predicarse un concurso de conductas punibles cuando con una sola acción, prolongada en el tiempo, se afecta el mismo bien jurídico a diferentes sujetos pasivos o al mismo, todo bajo el entendido de cuál sea ese bien jurídico (personalísimo o individual). Así lo ha abordado esa Corporación:

“Es sabido que para el delito continuado, a las conductas punibles individuales se les puede agrupar para considerarlas como una sola, sea por el factor subjetivo de la unidad de designio criminoso o por factor objetivo según la homogeneidad de la conducta, el mismo bien jurídico y tipo penal. Tal instituto sin definición legal fue revivida en el parágrafo del artículo 31 del Código Penal de 2000 previendo un aumento punitivo de una tercera sobre el tipo respectivo —aunque se ha criticado tal inclusión precisamente en la figura que le es opuesta, esto es, al concurso delictivo—. ¹⁰

Aceptado en mayor medida el delito continuo para los ilícitos de carácter patrimonial, cuando pese a las varias acciones físicas independientes se advierte de manera global el provecho ilícito al cual orientó su voluntad el sujeto activo, tratando tales acciones a manera de etapas, siempre que se den los siguientes elementos: *“a) un componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad; b) el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión; y c) la identidad del tipo penal afectado con los tales comportamientos.”*¹¹

Cuando se trata de comportamientos atentatorios de los bienes jurídicos de la libertad y formación sexual, si bien se puede presentar unidad de sujeto activo, así como identidad en los distintos actos y su prolongación en el tiempo¹², la dificultad surge respecto de la unidad de plan.”¹³

¹⁰ Algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia ante la carencia de tal figura en el Código Penal de 1980 la resolvieron con la aplicación del instituto concursal previsto en el artículo 26 del citado estatuto en el entendido que con varias acciones se infringía varias veces la misma disposición penal (concurso homogéneo y sucesivo).

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Providencia de 25 de junio de 2002. Radicación 17089.

¹² Cuando se trata de un mismo y preciso marco temporal en el que se da la repetición de actos sexuales, (piénsese por ejemplo, cuando en el delito de acceso, en un mismo contexto se dan varias penetraciones o éstas se dan por diversas vías, podría no generarse de por sí el concurso delictual, aunque si cabría predicar la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 8º del artículo 58 del Código Penal por aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

¹³ Radicado 27.518 del 28 de noviembre de 2007, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca