



SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05615 60 00294 2019 00063
DELITOS: Hurto calificado y agravado – concierto para delinquir
PROCESADO: PABLO GIL BALBÍN
PROCEDENCIA: Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia allanamiento.
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Sentencia: 15
Acta: 91
Tema: Aplicación del artículo 349 Ley 906 de 2004

<

Medellín, nueve (09) de mayo de dos mil veintidós

ASUNTO POR TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por la defensora, en contra de la sentencia dictada el treinta (30) de marzo de dos mil veintidós, por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Medellín, en contra de **PABLO GIL BALBÍN** por medio de la cual fue condenado, anticipadamente, en virtud de un allanamiento a cargos, como autor de un concurso homogéneo de delitos de hurto calificado y agravado (8 eventos), en concurso heterogéneo con concierto para delinquir, imponiéndole la pena principal de ciento setenta y siete (177) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena restrictiva de la libertad.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos jurídicamente relevantes fueron consignados en el escrito de acusación en los siguientes términos:

“Los procesados se concertaron con la finalidad de cometer hurtos a personas en la modalidad de fleteo y atraco en diferentes municipios del territorio Antioqueño, para ello, quien organizaba y dirigía la mayoría de los hechos cometidos era el señor SANTIAGO DUQUE ACEVEDO.

Hecho 1

El 9 de diciembre de 2019, en el municipio de Medellín, barrio belén, mediante la violencia se apoderan de una cadena de oro y una pulsera, avaluados aproximadamente en \$5.000.000,00 pesos de propiedad de SEBASTIÁN DE JESUS VERGARA HERNÁNDEZ.

Acusados: SANTIAGO DUQUE ACEVEDO, PABLO GIL BALBÍN y ANDRES FELIPE CARO TORRES

Hecho 2

El 9 de diciembre de 2019, en el municipio de Medellín, Sector Centro Comercial la Florida, mediante la violencia se apoderan de la suma de \$18.000.000,00 pesos de propiedad de Yeison Arturo Estrada Tamayo y Natalia Andrea Zapata Montoya.

Acusados: SANTIAGO DUQUE ACEVEDO, PABLO GIL BALBÍN, ANDRES FELIPE CARO TORRES Y SANTIAGO CASTRILLÓN RESTREPO

Hecho 3

El 10 de diciembre de 2019, en el municipio de Medellín, barrio Prado, se apoderan de la suma de \$354.000,00 pesos de propiedad de RONNIE ENRIQUE DOLORSA CANTILLO.

Acusados: SANTIAGO DUQUE ACEVEDO, PABLO GIL BALBÍN, Y ANDRES FELIPE CARO TORRES

Hecho 4

El 30 de diciembre de 2019, en el municipio de Medellín, Sector Unicentro, mediante la violencia se apoderan de la suma de \$9.200.000,00 pesos de propiedad de DANIEL ZAPATA FRANCO.

Acusados: SANTIAGO DUQUE ACEVEDO, PABLO GIL BALBÍN Y SANTIAGO CASTRILLÓN RESTREPO

Hecho 5

El 15 de enero de 2020, en el municipio de Santuario, mediante la violencia se apoderan de la suma de \$8.000.000,00 pesos de propiedad de LUCIA DEL SOCORRO ZULUAGA DE GOMEZ.

Acusados: SANTIAGO DUQUE ACEVEDO, PABLO GIL BALBÍN, SANTIAGO CASTRILLÓN RESTREPO y YAN CARLOS COGOLLO FUENTES,

Hecho 6

El 22 de enero de 2020, en el municipio de Barbosa, mediante la violencia se apoderan de la suma de \$4.668.000 pesos y un celular, de propiedad de VICTOR HERNÁN AGUDELO ESCOBAR.

Acusados: SANTIAGO DUQUE ACEVEDO, PABLO GIL BALBÍN, SANTIAGO CASTRILLÓN RESTREPO y YAN CARLOS COGOLLO FUENTES

Hecho 7

El 29 de enero de 2020, en el municipio de El Retiro, mediante la violencia se apoderan de la suma de \$4.668.000 pesos y un celular, de propiedad de JHON GREGORY CUNNINGHAM FARFAM.

Acusados: SANTIAGO DUQUE ACEVEDO, PABLO GIL BALBÍN, SANTIAGO CASTRILLÓN RESTREPO y YAN CARLOS COGOLLO FUENTES

Hecho 8

El 21 de mayo de 2020, en el municipio de Medellín, Sector San Javier, mediante amenazas se apoderan de mercancía de cigarrillos y dos celulares.

Acusados: PABLO GIL BALBÍN"

ACTUACIÓN PROCESAL

En diligencias preliminares realizadas el veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte ante el Juez Promiscuo Municipal de El Retiro, Antioquia, se realizó control posterior a allanamiento y registro y se legalizó la captura de **PABLO GIL BALBÍN** y otro individuo.

El veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte, ante el mismo funcionario, La Fiscal 112 Local le formuló imputación a **GIL BALBÍN**, y otros cuatro ciudadanos, al primero por el

delito de hurto calificado y agravado (8 eventos) en concurso con concierto para delinquir, cargo que no fue aceptado por el imputado.

A petición de la delegada fiscal, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

La Fiscal 19 Local de Rionegro, Antioquia, presentó escrito de acusación en contra del citado y otros cuatro ciudadanos, señalándolos como probables responsables de los delitos que les fueron imputados.

El proceso correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín y en audiencia del primero (1) de julio de dos mil veintiuno, se formuló acusación, en contra de PABLO GIL BALBÍN, por el delito de hurto calificado por la violencia sobre las personas y agravado por realizarse con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo (8 eventos), en concurso con concierto para delinquir, en calidad de coautor (artículos 238 inciso 1, 240 inciso 2, 241 numeral 10, 340 del C.P).

Se aclaró por la delegada fiscal que, respecto al hecho séptimo, la víctima es John Gregory Curningham Farfán y el monto del incremento patrimonial es de \$34´400.000. Y en punto al hecho octavo, la víctima es Jair Augusto Ruíz Molina y el incremento patrimonial asciende a \$9´660.000, por lo que el incremento total es de **\$89´282.000**, siendo para cada uno de los procesados de

manera solidaria, teniendo en cuenta la participación en cada uno de los hechos:

SANTIAGO DUQUE ACEVEDO: \$21´118.332
ANDRES FELIPE CARO TORRES: \$6´284.666
SANTIAGO CASTRILLÓN RESTREPO: \$19´333.666
YAN CARLOS COGOLLO FUENTES: \$11´767.000
PABLO GIL BALBÍN: \$30´778.332

Cuando el despacho se disponía a realizar la audiencia preparatoria en contra de **PABLO GIL BALBÍN** y otros ciudadanos, manifestaron su deseo de aceptar los cargos, dejándose constancia, por la delegada fiscal, que los procesados realizaron el reintegro patrimonial total e indemnizaron íntegramente en los eventos 1, 2, 3, 4 y 6, pero no así en los eventos 5, 7 y 8.

La titular del despacho explicó a los procesados que el detrimento patrimonial padecido por las víctimas ascendió a la suma total de \$89´282.000, y que, en específico, el incremento de **GIL BALBÍN**, ascendió a \$30´778.332, de los cuales hubo una devolución parcial, por lo que no se cumplía en su totalidad las exigencias del artículo 349 del C.P.P., en los eventos 5, 7 y 8, por lo que se podrían allanar a los cargos de manera unilateral, pero sin obtener rebaja alguna en aquellos eventos donde no se pagó el incremento patrimonial, además de una rebaja de una tercera parte de la pena en los eventos en los cuales si se cumplió tal requisito, al haber sido capturados mediante orden judicial.

PABLO GIL BALBÍN, manifestó que, de manera libre, consciente y voluntaria, aceptaba los cargos por todos los

delitos por los que fue acusado, quedándole claro que en aquellos eventos donde se realizó el pago del incremento patrimonial, la rebaja sería de una tercera parte de la pena a imponer, y en los que no se cumplió el requisito, no sería procedente, por lo que se aprobó el allanamiento a cargos y se emitió la sentencia objeto de recurso de apelación.

LA SENTENCIA APELADA

Hallando satisfechos los elementos básicos para ello, el treinta (30) de marzo de dos mil veintidós, se emitió la sentencia condenatoria con fundamento en el allanamiento a cargos realizado y se estableció, para **PABLO GIL BALVÍN**, una pena de ciento setenta y siete (177) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual lapso de la restrictiva de la libertad.

Sobre lo que ahora es la inconformidad de la recurrente, argumentó la juez de primera instancia, que en relación al detrimento patrimonial padecido por las víctimas de los eventos delictivos en los que participaron los cinco acusados, ascendió a la suma de \$89'282.000, de los cuales los procesados realizaron solo la devolución parcial, lo que significa que no cumplieron las exigencias del artículo 349 del C.P.P., normativa que hace referencia a la improcedencia de acuerdos o negociaciones cuando el sujeto pasivo del proceso penal ha obtenido aumento en su patrimonio fruto del delito y no reintegra por lo menos el cincuenta por ciento del valor de dicho incremento y asegura el recaudo del remanente.

Sostiene que, de conformidad con los pronunciamientos de las altas cortes, sí es procedente allanarse a los cargos de manera unilateral, pero sin obtener rebaja alguna en aquellos eventos donde no se pagó el incremento patrimonial, además de una rebaja de 1/3 parte de la pena, en los cuales, sí cumplió con tal requisito, teniendo en cuenta el escenario procesal en que se dio la aceptación de responsabilidad.

Hizo alusión a la providencia con radicado 39.831 del 27 de septiembre de 2017, emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, indicando que en ella se consideró nuevamente que las disposiciones del artículo 349 del C.P.P., constituyen un requisito de procedibilidad en la figura del allanamiento a cargos, siempre y cuando se esté en presencia de delitos en los cuales se demuestre la obtención de un incremento patrimonial fruto del punible.

Estimó que la sentencia referenciada, fundadora de este criterio, unificó el entendimiento entre las figuras del allanamiento a cargos y el preacuerdo, ambas especies del género denominado justicia premial, puesto que antes de la existencia de esta decisión, las figuras no eran consideradas similares, como fue aclarado por la alta corporación en la decisión AP4884-2019 del 30 de octubre de 2019.

Indicó que en igual sentido, en la decisión AP2113 del 2 de septiembre de 2020, se confirmó dicha tesis al expresar que según la vigente interpretación mayoritaria de la Sala, para la aprobación del allanamiento, cuando se trata de conductas ilícitas

producto de las cuales el procesado obtuvo un incremento patrimonial, para si o para terceros, es requisito ineludible e imperativo, por ende, no condonable, la devolución de la mitad del valor apropiado y garantizar el recaudo del monto restante.

En virtud de ello, concluyó, si los procesados desean optar por una rebaja en efectos punitivos con la materialización del allanamiento a cargos, deben cumplir con el requisito de procedibilidad reintegrándole a las víctimas por lo menos el 50% del valor del incremento que ha presentado con la comisión del delito y asegurar el cumplimiento del porcentaje restante.

Adujo, que para la línea jurisprudencial adoptada por esa instancia, es indiferente la fecha en que se cometió el ilícito, puesto que la reglamentación dada por el órgano de cierre de la especialidad penal es clara; la fecha que se debe tener en cuenta para observarse si los procesados deben cumplir con la exigencia de reintegrar el 50% del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, es la del allanamiento a cargos, conforme lo ha decantado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la decisión AP-1906 del 12 de agosto de 2020, que cita la sentencia fundante de esta línea, el radicado 39.831 del 2017.

Acotó que si en el caso, GIL BALBIN, aceptó los cargos el 30 de marzo de 2022, la sentencia fundante ya se encontraba surtiendo efectos erga omnes, por lo que, si quería ser beneficiado con esa figura, debió cumplir con este requisito de procedibilidad.

Indicó que se acreditó frente al acusado, que participó en los eventos delictivos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, y las constancias allegadas por las partes e intervinientes, dan cuenta que hubo pago del incremento patrimonial en los casos 1, 2, 3, 4 y 6, cuyas víctimas fueron individualizadas y dieron fe de recibir el pago en los referenciados hechos delictivos, por lo que la rebaja concedida por el despacho de 1/3 parte, se aplicaría a estos eventos.

Al momento de la dosificación de la pena, anotó que GIL MARÍN aceptó su responsabilidad en las conductas de concierto para delinquir (artículo 340 inciso 1 del C.P.), en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado en concurso homogéneo en los ocho eventos (artículos 239, 240 inciso 2 y 241 numeral 10 del C.P.), por lo que para el correcto abordaje del proceso de dosimetría punitiva, atendiendo al concurso delictual, procedería a la dosificación individual de cada delito acorde con el artículo 31 del C.P., incluyéndose la fijación completa de la pena al amparo de los criterios contenidos en el inciso 3 del artículo 61 del C.P.

Por el delito de concierto para delinquir, cuya pena oscila de 48 a 108 meses de prisión, adujo que como a GIL BALVIN, no le fueron endilgadas circunstancias de mayor punibilidad de que trata el artículo 58 del C.P., ni circunstancias de menor punibilidad, se ubicaría en el primer cuarto en el extremo mínimo, atendiendo a que la gravedad de la conducta no supera la intrínsecamente contenida en el tipo penal, esto es **48 meses de prisión.**

En lo atinente al delito de hurto calificado y agravado, como la pena iba de 144 a 336 meses de prisión, en atención a que a **GIL BALBIN** no le fueron endilgadas circunstancias de mayor ni de menor punibilidad, se ubicaría en el primer cuarto en el extremo mínimo, atendiendo a que la gravedad de la conducta no supera la intrínsecamente contenida en el tipo penal, esto es, **144 meses de prisión**, por el evento número 5.

Adujo que el despacho le concedió al acusado una rebaja de una tercera parte por los eventos 1, 2, 3, 4 y 6, en los cuales se realizó el pago del incremento patrimonial frente a las conductas de hurto calificado y agravado.

Conforme lo anterior, afirmó que en virtud del artículo 31 del C.P., la infracción más alta, luego de la dosificación individual, es de **144 meses de prisión por el evento 5**, y por cada uno de los eventos restantes en que no se realizó el pago del incremento patrimonial (eventos 7 y 8), se sumarían 6 meses, para un total de 12 meses, y por cada uno de los eventos en que si se cumplió el requisito del artículo 349 del C.P.P. y la indemnización integral del artículo 269 del C.P. (eventos 1, 2, 3, 4 y 6), se sumarían 3 meses, para un total de quince meses.

En consecuencia, para el hurto calificado y agravado en concurso homogéneo, se tenía una pena total de **171 meses de prisión**, la cual debía incrementarse en 6 meses más, por el punible de concierto para delinquir, quedando la pena definitiva a

imponer en **177 meses de prisión**, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

DE LA APELACIÓN

Dentro del término de ley, la defensora presentó y sustentó el recurso de apelación.

Para el efecto manifestó que su disenso radica en el monto de la pena impuesta, como quiera que la A quo, estimó que acogía respecto de la no aplicación de la rebaja por allanamiento a cargos, la sentencia con radicado 39.831 de 2017, por lo cual, no es viable rebajar la pena en estos allanamientos, ya que su prohijado no devolvió a las víctimas el detrimento patrimonial causado, sin que haya esbozado otro argumento diferente a la sentencia citada, quedando en evidencia la falta de motivación legal y constitucional, lo que vulnera los derechos constitucionales adquiridos por su prohijado, conforme al artículo 29 de la Constitución Nacional y lo normado en el artículo 3 del C.P., al desconocer que la imposición de la pena debe responder a los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

Que con la falta de motivación se configura una interpretación errónea de la ley que conlleva una violación indirecta de la misma y específicamente del artículo 349 y siguientes, por lo que peticiona que los argumentos de la A quo no sean tenidos en cuenta y se proceda a reconocer la rebaja respectiva a la cual tiene derecho su prohijado, ya que si bien la juez de primera

instancia manifestó que si los procesados deseaban optar por la rebaja en efectos punitivos con la materialización del allanamiento a cargos, estos debían cumplir con el requisito de procedibilidad de reintegrar por lo menos el cincuenta por ciento a las víctimas del valor del incremento que ha presentado con la comisión del delito, pero **no dejó evidenciado a cuales de las víctimas debían haberles devuelto el 50%**, aunque adujo que en general sumaba \$89'282.000, cuyo 50% sería la suma de \$44'641.000, y su prohijado restituyó \$37'222.000, lo que significa que reintegró el 41% del incremento patrimonial.

Estimó que acogiendo lo preceptuado en el artículo 61 del C.P., en el cual la A quo basó la determinación de la pena, olvidó que el último párrafo adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2044, indica que el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa, pues como lo indicó la A quo, el allanamiento a cargos es una modalidad de preacuerdo y terminación anticipada del proceso penal.

Lo anterior, en atención directa a las obligaciones que debe atender el fallador con fundamento en lo consagrado para las fases del proceso dosimétrico de la pena, bajo los radicados 26.227 de 2006, 34.939 de 2006, 35.350 de 2013 y 39.462 de 2013; aunado a lo consagrado en el artículo 54 y siguientes del Estatuto Penal.

Indicó de manera confusa que: *“La determinación e imposición de la pena en concreto para el señor PABLO GIL BALBIN, debió*

de haberse abordado desde la mínima máxima que comporte de la pena más alta y sobre esta sumar un tanto por los eventos 2 al 8, sobre esa pena imponer un porcentaje de descuento aplicando el allanamiento a cargos y sobre la pena restante y sobre los eventos de hurto calificado y agravado descontar el porcentaje del 75% acorde al derecho de acogida del artículo 269"

Adujo que en punto a la dosificación, teniendo en cuenta que el delito de hurto calificado y agravado, establece una pena mínima de 144 meses, debería ser en los siguientes términos: *"Como no le es dable la aplicación de cuartos, sumar un tanto para los siete eventos de hurto (la señora juez manifestó que 3 meses por cada evento para un total de 21 meses), y otro tanto por el concierto para delinquir (ella manifestó 6 meses) entonces partiría de una pena máxima de $144+21+6=171$ meses y si se aplica el 41% por el allanamiento esta quedaría en 100 meses y unos días, lo que en años sería 8 años y algunos meses. Sobre esa pena debió de haber motivado el porcentaje que adecuó a los eventos de hurto en debida aplicación del artículo 269 al que mi prohijado se hizo acreedor por haber indemnizado a 5 de 8 víctimas, lo que para esta sustentadora sería acoger el 75% para cada evento partiendo de 97 meses lo que daría como resultado 24 meses y algunos días más los 6 meses del concierto para delinquir."*

Afirmó que de no realizarse la adecuación de la pena bajo esos lineamientos debió de haber motivado por qué desconoció lo reglado en el artículo 61 del C.P., y haber dejado esbozado los porcentajes que se propició imponer y el sustento de ley, es decir, por qué no aceptaba un 75% sino un porcentaje inferior y el posterior resultado de la ecuación para la imposición de la pena.

Argumentó que en el sistema penal actual no se consagró, la adecuación de la pena que se da en un caso como estos, no común, por la ausencia de la defensora pública, la

ignorancia de los procesados, entre otros, donde se retribuyó a unas víctimas y a otras no su detrimento patrimonial, vacío jurídico que se debió surtir con los principios generales del derecho, las leyes 599 de 2002 y 906 de 2004, y el artículo 4 de la Constitución.

Lo anterior por cuanto los jueces en sus providencias están sometidos a cumplir la ley en su acepción más amplia, y es un error de interpretación de derecho, que un servidor apoye una imposición de pena en una sola sentencia.

Por lo expuesto, peticionó no tener en cuenta la pena impuesta en la sentencia condenatoria en contra de su prohijado, y en consecuencia, que se dé estricta aplicación a la ley sustancial para determinar adecuadamente la misma.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, numeral primero, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín adscrito ese despacho a este Distrito Judicial.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por la impugnante. Hay sustentación suficiente para que sea viable el estudio del asunto.

Como quiera que, de la confusa argumentación de la recurrente, se extracta que su inconformidad tiene que ver, así lo entiende la Sala, esencialmente, con la no concesión de rebaja alguna a **PABLO GIL BALVÍN** por el incumplimiento de la exigencia legal prevista en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal respecto de algunos de los hechos analizados (eventos 5, 7 y 8) pues la A quo acogió el criterio adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado 39.831 de 2017, los problemas jurídicos a resolver en este caso son los siguientes:

1. *¿Es aplicable a la figura del allanamiento a cargos, la exigencia descrita en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, que demanda el reintegro del cincuenta por ciento (50%) del incremento percibido y asegurar el pago del restante, para que pueda concederse rebaja de pena, en seguimiento de la doctrina sobre el punto expuesta por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia?*

Y, solo en caso de que lo anterior se resuelva de manera afirmativa, deberá determinarse:

2. *Sí se presentó un error en la tasación de la pena efectuada por la juez de primera instancia, cuando aplicó el sistema de cuartos regulado por el artículo 61 del C.P., desconociendo que el legislador en el inciso 5, dice que no se aplicará a aquellos eventos en los que se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa y si se dio alguna otra circunstancia que incida en una inadecuada determinación de la pena.*

Para resolver el primer problema jurídico, debe indicarse desde ya que es criterio sentado de esta Sala de Decisión, en acatamiento al precedente vertical, que en tratándose de allanamiento a cargos opera la prohibición establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, norma que por su pertinencia se transcribe:

ARTÍCULO 349. IMPROCEDENCIA DE ACUERDOS O NEGOCIACIONES CON EL IMPUTADO O ACUSADO. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Lo anterior, por cuanto ciertamente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de septiembre de 2017, radicación No. 39831, en relación con el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, reconsideró la postura jurídica adoptada en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2005, radicación No. 21347, en el sentido de que el allanamiento a cargos *“constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la Ley 906 de 2004”*.

Con apoyo en esta premisa, de la exigencia que por vía jurisprudencial se ha sentado, no advertimos una falta de motivación en la sentencia de primera instancia al fundamentar la decisión en ese precedente. La A quo refirió que acogía la postura desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con

radicado 39.831 de 2017 y desde esa arista, hubo una adecuada fundamentación de la sentencia, cosa bien diferente es que la recurrente no acoja tal postura, pero ello no se ofrece suficiente argumento para que se cuestione, por este flanco, la providencia impugnada.

Aunado a ello, para esta Sala de Decisión, ha de darse aplicación de la nueva línea desarrollada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no solo porque a los allanamientos a cargos ha de aplicarse la exigencia descrita en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, sino además porque la aceptación de responsabilidad se dio el 30 de marzo de 2022, mucho después de la variación en la interpretación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 por la alta Corporación.

Adicionalmente, estimamos, que es la nueva posición la que ha de aplicarse al asunto, no solo porque los hechos tuvieron ocurrencia entre el 9 de diciembre de 2019 y el 21 de mayo de 2020 cuando ya regía el anotado precedente jurisprudencial, sino porque es postura ya sentada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en tratándose de variación de un criterio jurisprudencial, no aplica el principio de favorabilidad.

Al respecto, en providencia con radicado 55886 del 30 de septiembre de 2020, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiteró que el principio de favorabilidad no es aplicable en relación con cambios jurisprudenciales dados en curso del proceso:

“Los supuestos que viabilizan la aplicación favorable de una ley en sucesión durante el curso del proceso no son, como lo propone la recurrente, los mismos en tratándose de un criterio jurídico cuya dinámica corresponde a elementos hermenéuticos de distinta naturaleza, lo que equivale a decir que, salvo el ámbito de la acción extraordinaria de revisión bajo la limitación dicha, **el principio de favorabilidad no se predica de tesis jurisprudenciales sucedidas en el curso del proceso.**”

Por demás, sobre el particular la Sala ha reiterado en decisión SP-10545 del 11 de agosto de 2015:

*“Al plantear la tesis jurídica según la cual el principio de favorabilidad es aplicable respecto de precedentes, el actor se sustrae a contrastarla con la uniforme postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, a cuyo tenor **dicho axioma fundamental no es aplicable en relación con criterios jurisprudenciales.** Así, en decisión del 19 de agosto de 2008 expresó la Corte lo siguiente:*

“... el casacionista olvida que, como también lo ha señalado la Sala, la favorabilidad no opera respecto de criterios jurisprudenciales, habida cuenta que, según el artículo 29 de la Constitución Política, se trata de una garantía que cobra vigencia ante la sucesión de normas en el tiempo, las cuales regulan un mismo supuesto de hecho, y no ante diversas posiciones jurisprudenciales. Así lo ha dicho la Corte:

La favorabilidad, tal como la regla el artículo 29 de la Carta Política, al lado de la legalidad, la defensa, la presunción de inocencia, la cosa juzgada, etc. es un ingrediente o un componente del genérico debido proceso. Así mismo cabe predicar que (tal como lo concibe el texto superior y el entendido que le ha dado la Corte) aquel fenómeno encuentra asiento en el tránsito de legislaciones, esto es, de cara a la sucesión de leyes en el tiempo y más específicamente cuando el operador judicial se enfrenta a una conducta punible cometida en vigencia de una ley, pero que debe decidir (o resolver un asunto atinente a ella) cuando otra normatividad regula de manera distinta el mismo problema jurídico.

*Debe recordarse igualmente, que la favorabilidad encuentra espacio de aplicación alrededor o frente a la legislación positiva —y en el específico campo de la sucesión de leyes en el tiempo— **mas no de cara a la jurisprudencia** (cfr. casación nov 29/02 Rad 17358), como que es aquél el alcance que se colige de la simple lectura del texto constitucional.*

*“De manera que el reproche del casacionista encaminado a solicitar que se dé aplicación a una cierta tesis jurisprudencial favorable, como si se tratara de una norma sustancial, **no es idónea para demostrar una violación a la garantía fundamental del debido proceso**”.*

En decisión posterior, con cita incluso de autorizada doctrina foránea, la Sala ratificó esa postura al señalar en decisión del 28 de octubre de 2009:

“Sobre el tema la doctrina alemana enseña:

‘Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida. Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprudencia constante y que parecía garantizada; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprudencia firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. **Pero esta posición no se puede compartir, por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprudencia,** a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28) que es el único por el que se debe orientar el ciudadano’.

“[D]esde luego, que no se está en presencia de la aplicación de una nueva ley, sino de **la interpretación corregida**, si se quiere, de la misma norma cuya vigencia operaba de antaño, pero con diversa hermenéutica, **por lo que no hay lugar a hablar de alcances desfavorables de la misma, por no tratarse de un fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo o coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho y con relación a normas instrumentales, siempre que de ellas se deriven efectos sustanciales**”.

Y más recientemente, en auto AP-247 del 30 de enero de 2019:

(...)

Con dicho razonamiento el casacionista olvida que, como lo ha señalada esta Colegiatura, **la favorabilidad no opera respecto de criterios jurisprudenciales, habida cuenta que, según el artículo 29 de la Constitución Política, se trata de una garantía que cobra vigencia ante la sucesión de normas en el tiempo, las cuales regulan un mismo supuesto de hecho, y no ante diversas posiciones jurisprudenciales.**

...

De manera que la tesis de la recurrente encaminada a reprochar que el juzgador no hubiera dado aplicación a una tesis jurisprudencial recogida por la Corte, pero favorable a su asistido, como si se tratara de una norma sustancial, no es idónea para demostrar una violación a la garantía fundamental del debido proceso”. – negrilla propia -

Ahora bien, importa recordar que la Corte Constitucional a través de la sentencia C 059 de 2010, se

pronunció acerca de la exequibilidad del artículo 349 del CPP. Allí, tras retomar distintos pronunciamientos de esa Corporación y la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, destacó los siguientes aspectos:

“Los fines de la norma acusada. Como se ha indicado, la finalidad del artículo 349 del C.P.P. no se encamina a establecer privilegio alguno entre las víctimas, sino a que quienes hubiesen obtenido un provecho indebido con su actuar, no puedan disfrutarlo.

*La norma no apunta exclusivamente a los delitos contra el patrimonio económico. **El artículo 349 del C.P.P. alude a todo delito en el cual el acusado hubiese obtenido un “incremento patrimonial fruto del mismo”**, situación que se presenta no sólo en el caso de los clásicos delitos contra el patrimonio económico de un particular (vgr. hurto, estafa, abuso de confianza, etc), sino en conductas que atentan contra la administración pública (vgr. peculado, concusión, etc) o contra la salud o seguridad públicas (narcotráfico, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, etc). En otras palabras, el espectro de perjudicados con la conducta punible no resulta ser más amplio que aquel señalado por la demandante, sino que algunos casos no existen víctimas directas del delito.”*

Lo transcrito, deja claro que lo que busca el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, es la devolución del incremento patrimonial que generó en el victimario la realización de la conducta delictiva, en otras palabras, el beneficio económico que ocasionó a su favor o de un tercero, la conducta, independiente del delito cometido, por ello, como lo manifestó la Corte Constitucional, el precepto comprende todo delito con el cual el acusado haya obtenido incremento patrimonial fruto del delito.

De otro lado, aunque en muchos casos un detrimento patrimonial del perjudicado no significa, per se, enriquecimiento en el sujeto activo de la conducta delictiva, creemos que en tratándose de injustos que terminan afectando el patrimonio

económico, el propósito de la ilicitud es obtener un provecho de ese orden y en muchos casos, sin duda, el delincuente lo logra.

Ahora bien, al analizar el caso particular, puede decirse, y frente a ello no hubo objeción por la apelante, que aunque el procesado restituyó el incremento percibido en los eventos 1, 2, 3, 4 y 6, no lo hizo en los eventos 5, 7 y 8; aunado a que la juez le puso de presente a GIL BALBÍN que por dichos eventos no procedería rebaja punitiva alguna ante el incumplimiento de lo preceptuado en el aludido artículo 349 del C.P.P., por lo que de los vagos argumentos de la impugnante, no puede colegirse que era acreedor a la rebaja de una tercera parte para todos los eventos, insistimos, en aplicación del precedente jurisprudencial citado.

Es que de la imputación fáctica plasmada en el escrito de acusación, fácilmente se evidencia que por cada uno de los ocho hechos, el enjuiciado tuvo unos incrementos patrimoniales, y en atención al número de personas que participaron en cada despojo, se determinó su porcentaje, por lo que en la audiencia de acusación se estableció que en concreto, GIL BALVIN, tuvo un acrecimiento de su patrimonio de \$30'778.332, y en todo caso, no restituyó a las víctimas de los eventos 5 (Lucía del Socorro Zuluaga de Gómez), evento 7 (Jhon Gregory Cunningham Farfán), y evento 8 (Jair Augusto Ruíz Molina) por lo menos el cincuenta por ciento del incremento percibido y no se aseguró el recaudo del remanente.

Es decir, por estos hechos GIL BALVIN, debió por lo menos pagar la mitad de las sumas fijadas proporcionalmente en

atención a las personas que participaron en la comisión de las conductas, esto es, la mitad de \$9'660.000 para el caso 8, de \$8'600.000 para el caso 7 y de \$2'000.000 para el caso 5 y así no se hizo.

Lo anterior para significar que se acreditó que, en esos precisos eventos, en virtud del esos hurtos calificados y agravados que se consumaron de manera independiente, **PABLO GIL BALBÍN** obtuvo un incremento patrimonial y no se restituyó por lo menos la mitad del incremento percibido y no aseguró el pago del remanente, y de ahí la improcedencia de la rebaja de pena que espera la recurrente, siguiendo el criterio jurisprudencial citado.

Conforme con lo expuesto, y los antecedentes que rigen esta actuación, para esta Sala, la juez de primera instancia realizó la constatación necesaria para determinar, si en el caso, se presentó un incremento en el patrimonio del acusado y en qué eventos no se cumplió el presupuesto establecido en el artículo 349 del C.P.P., para no otorgar rebaja de pena.

En relación con el segundo problema jurídico planteado, esto es, determinar si la dosificación punitiva realizada por la juez de primera instancia fue acertada, debemos, en primer orden, ratificar, que el sistema de cuartos no se aplica en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa, conforme lo establecido en el inciso final del artículo 61 *ibid.*, pero, importa reseñarlo, ello no ocurre en todos los casos, sino cuando se acuerda la pena en concreto.

Es decir, no se aplica en los allanamiento a cargos, porque en estos eventos el juez debe realizar la dosificación punitiva, y por ende, acudir al sistema de cuartos conforme lo regula la norma sustantiva.

Al respecto, en providencia con radicado 51.471 del 30 de septiembre de 2020, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiteró:

“La accionante olvida que en ningún caso la Ley despoja al juez de la potestad de fijar e imponer la pena, no obstante que en el inciso final adicionado al artículo 61 del Código Penal por el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, dispone que el sistema de cuartos en el proceso de individualización de la pena **no se aplicará en los casos de preacuerdos, únicamente cuando en forma expresa se haya especificado la cantidad de pena convenida, respetando el principio de legalidad**, como ha tenido la oportunidad de reiterarlo la Sala:

(...) si se ha acudido al mecanismo de la negociación y dentro de ella se pactó el monto de la sanción, a ésta quedará vinculado el juez (art. 370), salvo que en su concreción se haya violado alguna garantía fundamental, no pudiendo por aquella razón (y en ello se explica la prohibición del art. 3 Ley 890/04) acudir al sistema de cuartos. Sin embargo, debe advertirse que si bien la limitante legal acabada de reseñar pareciera absoluta -en el sentido que la entendieron las instancias- vale decir, que en todo caso de preacuerdo el mencionado sistema de dosificación está prohibido, ello no resulta así, porque frente a un preacuerdo donde el monto de la pena a imponer no haya sido pactado, al juez fallador -para individualizar la sanción- no le queda alternativa distinta que acudir al sistema de cuartos.¹

Lo anterior para precisar que solo en los eventos en los cuales las partes hayan acordado la cantidad de pena, de ajustarse al principio de legalidad, esa convención es vinculante para el juez, quien no puede aplicar un monto superior. De lo contrario, el juez fallador -para individualizar la sanción- no le queda alternativa distinta que acudir al sistema de cuartos.

¹ CSJ SP, 4 de may. 2006, rad. 24.531. En el mismo sentido, AP 7 feb. 2007, rad. 26448; SP 1 nov. 2007, rad. 28384; SP 29 jul. 2008, rad. 29788; SP 20 oct. 2010, rad. 33478; AP 20 nov. 2013, rad. 41570; AP 25 may. 2016, rad. 46991.

De otro lado, para fijar la pena, la juez de primera instancia partió del delito más grave, esto es hurto calificado y agravado, y la tasó concretamente en el evento 5, que no hubo restitución del incremento percibido en la pena mínima del cuarto mínimo, esto es, **144 meses de prisión.**

Adujo que el despacho le concedió al acusado una rebaja de una tercera parte por los eventos 1, 2, 3, 4 y 6, en los cuales se realizó el pago del incremento patrimonial frente a las conductas de hurto calificado y agravado.

Por cada uno de los eventos restantes en que no se realizó el pago del incremento patrimonial (eventos 7 y 8), se sumarían 6 meses, para un total de 12 meses, y por cada uno de los eventos en que si se cumplió el requisito del artículo 349 del C.P.P. y la indemnización integral del artículo 269 del C.P. (eventos 1, 2, 3, 4 y 6), se sumarían 3 meses, para un total de 15 meses.

En consecuencia, pese a que no tasó una pena concreta para todos y cada uno de los casos en que hubo restitución conforme al artículo 349 del C.P.P., es lo cierto que tuvo en cuenta el cumplimiento de este precepto y la indemnización de perjuicios, por lo que determinó que frente a ellos no se incrementaría la pena en 6 meses como lo refirió para los casos en que no se cumplió, sino en 3 meses, y de ahí la legalidad de la pena impuesta.

Por ello estimó que por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo, se tenía una pena total

de **171 meses de prisión**, incrementada en 6 meses más, por el punible de concierto para delinquir, quedando la definitiva a imponer, en **177 meses de prisión**, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, pena que creemos, se acoge a los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad, en atención a la gravedad y número de las conductas desplegadas por el enjuiciado.

Así las cosas, la dosificación punitiva realizada, se advierte acertada y, en este orden de ideas, estima la Sala que en este caso concreto se debe confirmar la sentencia condenatoria proferida en contra de **PABLO GIL MARÍN**, pues como ha quedado establecido a lo largo del análisis efectuado, ello acaeció en aplicación de la posición jurisprudencial actual, que exige, en el caso de allanamiento a cargos, la restitución de por lo menos el cincuenta por ciento del incremento patrimonial y asegurar el pago del remanente, y por tanto, no se presenta una vulneración a derechos o garantías fundamentales y el proceso de individualización de la pena por la A quo fue acorde con los preceptos constitucionales y legales.

En consecuencia, de conformidad con las razones expuestas, se impone confirmar la decisión proferida.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia proferida el treinta (30) de marzo de dos mil veintidós, por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Medellín, en contra de **PABLO GIL BALBÍN**.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes. Quedan, partes e intervinientes, notificados en este estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado


JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado


MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado