

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 05212 60 00201 2014-01357

Procesado: Lina Vanessa Bula González

Delito: Hurto agravado en concurso con hurto calificado y agravado

Decisión: Confirma

Magistrada Ponente: Martha Alexandra Vega Roberto

Acta N° 028

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Décima de Decisión Penal

Medellín, cuatro (4) de marzo de dos mil veintidós (2022)

1.- VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la sentencia condenatoria proferida el 16 de diciembre de 2021, por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bello, vía allanamiento a cargos contra la señora Lina Vanessa Bula González, a quien se le condenó a la pena principal de 51.3 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicos por igual lapso, al hallarla penalmente responsable de la comisión del delito de concurso homogéneo de hurto agravado en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado. No le fue concedida la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

2.-ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Atendiendo a que se trata de un asunto que terminó de manera anticipada y está próxima la prescripción de la acción penal para dos de los delitos endilgados, se le otorga prelación a su resolución.

Los hechos fueron narrados en la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

"Del escrito de acusación se extraen los hechos así, frente al caso matriz 052126000201201401357:

"El día 19 de marzo de 2014, siendo las 19:00 horas aproximadamente, el señor Jesús Alberto Mazo Mira, auxiliar de seguridad de la tienda Metro Cencosud del municipio de Bello, observo a una persona de sexo femenino traspasar las antenas de seguridad activando las mismas, requiriéndosele para que presentara la tirilla de compra, haciendo caso omiso y emprendiendo la huida, razón por la cual se le dio alcance fuera de la tienda al interior del Centro Comercial, llamándose a la policía quienes al realizar el registro personal le hallaron en el interior del bolso 28 cremas ultra corega EAN con un valor por unidad de \$22.190, para un total de \$621.320, siendo capturada y dejada a disposición de la autoridad competente. La capturada manifestó llamarse Lina Vanessa Bula González".

Con relación al caso 050016000206201416218, los hechos se pueden sintetizar así:

"El 28 de marzo de 2014, siendo aproximadamente las 20:00 horas, el señor Jaime León Osorio Quiroz, auxiliar de protección de recursos del Almacén Éxito S.A. del Este, se inquietó por el abultamiento del bolso que llevaba una persona de sexo femenino que salió del almacén, razón por la cual se le solicita verificación del bolso encontrando en el mismo 7 botellas de Whisky y dos botellas más al interior de sus prendas de vestir, habiendo sido retiradas las argollas con tap duro, lo que evitó que las antenas de seguridad se activaran.

El licor que la dama pretendía hurtar correspondía a dos botellas de Whisky Old Pak por litro valoradas en \$116.000 cada una; dos botellas de Whisky Old Park de 750 ml, valoradas en \$79.900 cada una; dos botellas de Whisky Buchanans por 750 ml valoradas en \$89.900 cada una; una botella de Whisky Old Park Superior valorada en \$158.900; una botella de Whisky Buchanans Master valorada en \$89.900 y una botella de Whisky Swing valorada en \$146.800, para un total de \$967.000, siendo capturada y dejada a disposición de la autoridad competente e identificada la persona que llevaba los elementos como Lina Vanessa Bula González. "

Con relación al caso 050016000206201441169, los hechos se pueden sintetizar así:

"El 23 de agosto de 2014, siendo aproximadamente las 20:45 horas, el señor Luis Córdoba Maza, guarda de seguridad del Éxito de Laureles quien se encontraba de servicio en la puerta No. 2, se percata que una cliente intenta salir del almacén notándose nerviosa, por lo que se le requiere para que enseñe el bolso accediendo voluntariamente, llevando en el mismo 10 cremas Acid-Mantle por valor de \$28.850 cada una, para un total de \$288.500, las que tenían su pin blando, se le solicita la tirilla de compra de los productos refiriendo no tenerla, razón por la cual se llama a la policía de vigilancia para que realice el debido proceso, siendo capturada y puesta a disposición de autoridad competente. La capturada respondió al nombre de Lina Vanessa Bula González".

Con fundamento en los hechos narrados en precedencia el 13 de marzo de 2019 ante el Juez de Control de Garantías, se adelantó la audiencia de formulación de

imputación en contra de la señora Lina Vanessa Bula González como presunta autora responsable del delito de concurso homogéneo de hurto agravado en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado -artículos 239 inc. 2, 240 numeral 4, 241 numeral 11, y 27 de la Ley 599 de 2000-. Estos cargos no fueron aceptados por la procesada.

La actuación correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal Municipal de Bello y el 17 de febrero de 2021, cuando se disponían a ~~la~~ realizar la audiencia preparatoria la defensa informó que su prohijada se allanaría a los cargos imputados, lo que fue verificado por el juez de instancia que impartió la debida aprobación.

Posteriormente el 10 de junio y el 24 de agosto de 2021 se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, allí la fiscalía se pronunció acerca de la dosificación punitiva señalando la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, la carencia de antecedentes y que procedía la rebaja por allanamiento a cargos del 8.33% dada la captura en flagrancia, así mismo, que no era posible la disminución de pena por el artículo 268 y 269 del CP toda vez que la suma de lo apoderado superó el monto del SMLMV para el año 2014, y no hubo reparación, adicional a ello no tenía derecho a la concesión de subrogados por expresa prohibición del artículo 68A del CP.

Por su parte la defensa, indicó que respecto a dos de las conductas punibles se presenta la posible ocurrencia del fenómeno de la prescripción de la acción penal, así mismo, mencionó que para tasar la pena se debía ubicar en el cuarto mínimo dada la carencia de antecedentes penales y la nimiedad de lo hurtado, además procedía la aplicación del artículo 268 del CP pues si la conducta fue tentada podría admitirse que no sería un SMLV sino la mitad. Igualmente, hizo alusión a las circunstancias familiares y sociales de su prohijada, resaltando que, si bien no se aportaron elementos de conocimiento para acreditar su condición de madre cabeza de familia, tenía entendido que es una mujer abandonada, le ha tocado criar a sus hijos sola e incluso es afectada por circunstancias de marginalidad.

Adicionalmente, solicitó aplicar al artículo 68A del CP la excepción de constitucionalidad porque no existe necesidad de la pena y por sus hijos menores.

3.-DECISIÓN RECURRIDA

Con fundamento en la aceptación de cargos preacordada, el Juez Tercero Penal Municipal de Bello, una vez hizo alusión a los hechos, a la actuación procesal y valoración de los elementos allegados, declaró penalmente responsable vía allanamiento a la acusada Lina Vanessa Bula González por el delito de concurso homogéneo de hurto agravado (2 eventos) en concurso con hurto calificado y agravado (1 evento), imponiéndole una pena de 51.3 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena privativa de la libertad. De igual modo le negó la concesión de subrogados.

Respecto a la dosificación punitiva, una vez estableció los límites mínimos y máximos se ubicó en el extremo inferior, eligió la conducta con la pena más grave aumentado 1 mes por cada uno de los otros dos comportamientos -56 meses de prisión-, seguidamente procedió con la rebaja por allanamiento a cargos del 8.33% -4.7 meses-, quedando en 51.3 meses de prisión. Así mismo, explicó que no procedía el reconocimiento de la disminución del artículo 268 del CP en tanto el valor de lo apoderado superaba el SMLMV, como tampoco del 269 dado que la víctima recuperó el valor de lo hurtado y no hubo incremento patrimonial.

Finalmente, indicó que el delito endilgado se encuentra dentro de las exclusiones contenidas en el artículo 68A del CP para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

4.-SUSTENTACION DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

4.1.- La defensa aludió a que el juez no se pronunció acerca de la prescripción de la acción penal, lo que a su juicio genera una nulidad por error de hecho, como también por violación al derecho a la defensa y debido proceso dado que este es el momento en que no existe claridad si fueron 3 los delitos imputados el 13 de marzo de 2019, por cuanto, la actuación le correspondió al juzgado el 28 de junio de 2019 y apenas el 2 de octubre de 2020 se efectuó la acusación siendo hasta ahora condenada, además, según el sistema de la Defensoría Pública entre el 19 de marzo de 2014 cuando fue aprehendida y el 13 de marzo de 2019 día en que se le realizó la imputación, así como la fecha en que asumió la defensa, esto es, 1 de febrero de 2021 se le violentó el derecho a la defensa material y formal, pues

éste debió ejecutarse sustancial y técnicamente de manera continua, ininterrumpida e integral.

Criticó la dosificación de la pena por desconocerse las condiciones familiares, personales y sociales que influyeron en la realización de las conductas, así como la carencia de antecedentes penales y el reconocimiento de circunstancias de marginalidad, lo que conllevaba a la correspondiente rebaja, así como la posibilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena o prisión domiciliaria, última petición que fue negada de manera inmotivada haciéndose solo alusión a la prohibición expresa de la norma.

Consideró que se aplicó indebidamente la rebaja de pena por aceptación de cargos, y que se debe tener presente que se trata de 3 delitos bagatela, y que se recuperaron todos los bienes que mínimamente pudieron afectar a las víctimas siendo las condiciones marginales de su prohijada las que le impidieron pagar los perjuicios.

Argumentó que hubo un error al establecer el quantum de la pena, pues la sanción elegida fue la del artículo 241 numeral 11 del CP siendo la mínima 108 meses sin las rebajas de los artículos 268 y 269 del CP y después se hicieron los incrementos correspondientes al concurso, entonces, en principio se impusieron 54 meses menos la rebaja de una cuarta parte por el allanamiento, quedando en 51.3 meses de prisión, lo que dista de la pena que debió asignarse, en tanto, no se tuvieron en cuenta los criterios del artículo 61 inciso 3 del CP aumentando un mes por cada uno de los hurtos, riñendo con su modalidad de bagatela, tentativa e imposibilidad de realizar, sumado a que no se reconoció la mayor disminución por la aceptación de cargos, que equivaldría por el momento procesal en que se hizo en la audiencia a la concentrada del procedimiento abreviado, vulnerándose así sus derechos al debido proceso y favorabilidad.

Indicó que se debe declarar la nulidad de la actuación procesal sin perjuicio de reconocer la falta de idoneidad de las conductas que realizó su prohijada para lesionar el bien jurídico protegido, configurándose así un delito imposible o bagatela, siendo entonces la conducta atípica y, adicionalmente, se debió reconocer el 50% de rebaja por el allanamiento, y la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria.

Respecto a la negación de subrogados, señaló que fue inmotivada pues tan solo se hizo alusión a la prohibición expresa de la norma, dejando de lado su carencia de antecedentes penales, y se omitió que, si bien no se demostró que su representada es madre cabeza de familia, con la debida dosificación se cumplirían los supuestos para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena o a la prisión domiciliaria.

En consecuencia, solicitó se declare la nulidad de la actuación procesal desde la audiencia de formulación acusación y, en subsidio, se modifique el fallo reconociéndose el 50% o 25% de rebaja de pena por allanamiento a cargos, y se conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena o prisión domiciliaria.

4.2.- No hubo pronunciamiento de los no recurrentes.

5.- CONSIDERACIONES

Es competente la Colegiatura para conocer del asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el artículo 31 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, siendo parámetro a tener en cuenta la prohibición de reformar en perjuicio de la acusada, por ser la defensa apelante único -artículos 31 CN y 20 CPP-. Y, salvo al control de validez de la actuación rige la justicia rogada, por ende, el tema de apelación impone el límite del pronunciamiento que realizará la Sala.

Revisados los motivos de inconformidad, procederá la Sala a resolverlos en su orden de la siguiente manera:

5.1. Solicita la defensa la nulidad de la actuación, por no emitirse un pronunciamiento acerca de la posible ocurrencia del fenómeno de la prescripción de la acción penal y por vulneración al derecho al debido proceso y defensa técnica.

En tema de nulidades, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 dispone: *“Nulidad por violación a garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales...”*.

Y al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado:

“La nulidad como sanción a la actuación procesal, es sin duda un remedio a la producción de actos irregulares que puedan afectar los procesos, para el caso particular, los penales, pero no cualquier defecto tiene la capacidad de retrotraer la actuación ante su ocurrencia.

Es sabido que en el proceso penal puede cometerse, por los funcionarios que lo adelantan, inexactitudes que podrían llegar a afectar su estructura¹ o vulnerar garantías constitucionales como el derecho de defensa; pero es claro también, que no todo acto irregular tiene el cariz suficiente para merecer la aplicación de la sanción más grave que se le puede infligir a un proceso, cuál es la declaración de nulidad de la actuación.

Así pues, quien pretende se aplique la citada sanción, tiene la carga de expresar los argumentos suficientes que demuestren la irregularidad y la trascendencia de la misma en relación con la estructura o las garantías que deben informar las actuaciones.

De otra parte, y así lo ha sostenido esta Sala en reiteradas ocasiones, siendo una postura pacífica de la jurisprudencia, que a pesar de no estar establecidos dentro de la Ley 906 de 2004, debe consultarse los principios orientadores de las nulidades², puesto que, se repite, no todos los actos irregulares tienen el poder de malograr la actuación procesal.

Así pues, quien depreca de la administración de justicia el reconocimiento de una nulidad, tiene la carga de expresar claramente los motivos fundados en una causal taxativamente establecida en la ley³, es decir, demostrar el acto irregular; no pudiendo conformarse en tal demostración, sino que debe dar un paso más, consistente en analizar los principios rectores del decreto de nulidades, ya que debe informar cuáles son los graves perjuicios que se causan a los sujetos procesales y que, por virtud de la valoración de los mismos, se carece de otro mecanismo orientado a subsanar la irregularidad cometida⁴...”⁵

Entonces, quien alega una nulidad tiene la carga de demostrar en forma concreta, cómo esa situación vulneró el debido proceso en el caso específico o, el derecho a la defensa en el marco de los principios que orientan su declaratoria, pues la nulidad sólo se podrá decretar en los casos expresamente indicados en el artículo 458 del CPP, no podrá invocarse el sujeto procesal que ocasionó la configuración de la causal salvo el caso de ausencia de defensa técnica, y la irregularidad puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado siempre y cuando se hayan observado las garantías fundamentales. Pero el postulante está forzado a demostrar que la irregularidad afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce la estructura básica del proceso judicial, y que no existe otro dispositivo procesal distinto a la nulidad para subsanar el error cometido.

¹ Lógico-formal o conceptual, según sea el caso.

² Ver, entre otros, asunto 44040 de 22 de octubre de 2014

³ Artículo 458 de la Ley 906 de 2004. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título.

⁴ Así lo ha expresado la Sala, entre otras en la decisión 36.846 con ponencia de Javier Zapata Ortiz.

⁵ Auto del 1 de julio de 2015, Rad. AP3779-2015, 45.569. MP. Eyder Patiño.

Y en este caso, al revisar los argumentos de la defensa no se observa que hubiese argumentado la ocurrencia de alguna situación que pudiese generar la invalidación de la actuación, y al verificar lo ocurrido en el trámite ello tampoco se aprecia, veamos:

De un lado, el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 dispone que la acción penal prescribirá en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, y que en ningún caso podría ser inferior a 5 años. Y, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, preceptúa que el término de prescripción se interrumpe con la formulación de imputación, y comenzaría a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el citado artículo 83, sin que pudiese ser inferior a 3 años.

En este asunto, a la señora Lina Vanessa Bula González le fue endilgada la comisión del delito de hurto agravado en la modalidad de tentativa –Arts. 239 inc. 2, 241 numeral 11 y 27 del CP– por hechos ocurridos el 19 de marzo y 23 de agosto ambos de 2014, y que comporta una pena máxima de 47 meses 7 días de prisión -3 años, 11 meses, 7 días-, entonces, de acuerdo al mencionado artículo 83 del CP, la fiscalía tenía 5 años para formular la imputación lo que se llevó a cabo dentro de ese lapso, esto es, el 13 de marzo de 2019.

Ahora, al operar la interrupción de la prescripción con la formulación de imputación -13 marzo de 2019-, el término prescriptivo se reduce a la mitad, 23 meses 18 días, pero según artículo 292 de la Ley 906 de 2004, ese monto no puede ser menor a 3 años, no habiendo operado en este caso tal fenómeno.

Por otra parte, aludió el censor a que de acuerdo sistema de gestión administrativo de la defensoría pública, según se le logró comprender, entre el hecho del 19 de marzo de 2014, y la fecha de formulación de imputación -13 marzo de 2019-, así como entre la data de la formulación de acusación y el 1 de febrero de 2021 cuando asumió la defensa, se vulneró el derecho a una defensa técnica continua e ininterrumpida.

Lo que a todas luces resulta desacertado y se desconocen las razones por las cuales el censor no verificó la actuación, pues al revisar la carpeta claramente se evidencia que la señora Lina Vanessa Bula González desde la formulación de

imputación fue asistida por un profesional en derecho asignado por la defensoría pública.

Recuérdese que amplio ha sido el desarrollo jurisprudencial respecto al derecho fundamental de la defensa técnica y para delimitar su marco conceptual, suficiente es hacer la siguiente cita⁶:

“La asistencia jurídica procesal por un profesional del derecho calificado, hace parte de las garantías fundamentales que se enmarcan en el artículo 29 de la Constitución Política nacional; en el canon 8, numeral e) de la Ley 906 de 2004; en el precepto 14, numeral e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ y; en la disposición 8ª, numeral 2º, literales d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸, pactos internacionales aprobados en el orden interno por las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente

Jurisprudencialmente⁹, se ha reiterado que el derecho a la defensa «constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,...», que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. La intangibilidad se predica de su carácter de irrenunciable, por cuanto debe el procesado designar un abogado de confianza y, en caso de que éste no pueda o no quiera, es obligación ineludible del Estado asignarle un defensor de oficio o público.

Es real o material cuando el actuar del defensor corresponde a actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas, de manera tal, que no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho¹⁰.

Se predica que el derecho a la asistencia letrada es permanente, pues debe ser ininterrumpido durante el transcurso del proceso, es decir, tanto en la investigación como en el juzgamiento. Por tanto, la no satisfacción de cualquiera de estas características, al ser esenciales, deslegítima el trámite cumplido e impone la declaratoria de nulidad, una vez evidenciada y comprobada su trascendencia.

La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.

⁶ C.S.J. Sala Penal, radicado 48128 del 18 de enero de 2017.

⁷ Artículo 14, numeral 3, literal d): “[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”

⁸ Artículo 8º, numeral 2, literales d) y e): “(...) [d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.”

⁹ CSJ. SP. de 19 de octubre de 2006, Rad. 22432, reiterado en SP. de 11 de julio de 2007, Rad. 26827.

¹⁰ *Ibidem*.

En materia probatoria, se ha establecido que invocar la violación del derecho a la defensa en casación requiere que el demandante enuncie las pruebas que dejaron de practicarse por omisión del abogado defensor, con indicación de su pertinencia, conducencia y utilidad, así como la exposición de una debida argumentación tendiente a evidenciar la posibilidad de haber sacado adelante una defensa más favorable al procesado¹¹. –negrilla fuera de texto-

En jurisprudencia reciente¹², esta Corporación advirtió que la falta de aptitud del abogado en la solicitud de pruebas en el curso de la audiencia preparatoria genera por sí misma una vulneración inadmisibles al derecho de defensa por cuanto:

«[...] [impide] que la verdad declarada en la sentencia [sea] el resultado de la confrontación de las tesis de dos adversarios, imponiéndose así la única ventilada en el juicio que, obviamente, [es] la acusatoria. De esa manera, la ineffectividad de la defensa material prácticamente anula las posibilidades de controversia y por esa vía se desvirtúa el fundamento epistemológico de un sistema procesal de corte acusatorio, como el colombiano».

En este sentido, la legitimidad del fallo depende de la verdad procesal de sus presupuestos, los que a su vez se derivan de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir, de la puesta a prueba de sus teorías del caso, a través de su efectiva exposición a refutaciones y a contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a los de la acusación.

(...)

De manera, que el derecho a la asistencia letrada pretende evitar desequilibrios entre los contradictores que puedan generar como resultado la indefensión y, en consecuencia, desde la óptica adversarial, promueve que las partes en contienda se opongan mutuamente a las pretensiones sustentadas del contrario.

Finalmente, el derecho a la asistencia letrada debe tenerse como cercenado cuando la defensa ejercida en concreto se revela determinante de indefensión, puesto que su estatus fundamental impide reducirlo a la simple designación de un abogado que represente los intereses, si redundando en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva...”

Y, en este caso, se itera, no se presentó un estado de abandono del defensor, como tampoco, alguna situación de indefensión generada por inactividad categórica del abogado.

En esos términos, la petición de nulidad de la actuación no prospera.

5.2. Alude el apelante a que no tiene claridad acerca de si fueron tres delitos los endilgados, a que se trata de unos punibles tipo bagatela y a que no se tuvo en cuenta la circunstancia de marginalidad pedida en la audiencia de individualización de pena.

¹¹ Cfr. CSJ. SP de 22 de abril de 2009, Radicado 26975; CSJ. SP de 14 de noviembre de 2002, Radicado 15640; y CSJ. AP de 12 de marzo de 2001, Radicado 16463.

¹² Cfr. CSJ. SP de 27 de enero de 2016, Radicado 45790.

Al respecto, ha de indicarse que la legitimación en la causa constituye el presupuesto para el ejercicio legítimo de la impugnación y nace no sólo por la condición de parte o interviniente que se ostente dentro de un proceso, sino de la afectación, agravio o perjuicio que se le cause con la decisión objeto de censura, lo que, frente a este puntual tema de disenso, no ha sucedido porque la sentencia apelada es producto de un allanamiento a cargos.

En este caso la señora Lina Vanessa Bula González previa asesoría de su defensor que es el mismo que ahora recurre la sentencia, aceptó de manera libre, consciente y voluntaria unos cargos que se concretaron en la comisión del concurso de delitos de hurto calificado y agravado, lo cual significa que ahora ningún interés jurídico le asiste al recurrente para buscar que, por la vía del recurso de apelación, se debata que no conoció los términos de la imputación en su aspecto fáctico, el tema de la tipicidad, ni el reconocimiento de circunstancias que atenúen la responsabilidad, pues ello comporta una retractación de lo ya aceptado.

Mírese que con la aquiescencia de la propia defensa técnica y hasta con el mismo defensor que la asistió en la audiencia de verificación del allanamiento, no se hizo ninguna observación si es que avizoraba vulneración del derecho al debido proceso, optándose por la aceptación cargos tempranamente por las ventajas que tal postura acarrearía. Por ende, sorprende que se acuda al recurso de apelación para controvertir el asunto invocando violación de garantías pues esos aspectos controvertidos rayan con la falta de lealtad, ya que si algún reparo tenía debió exponerlo en las instancias respectivas para habilitar o enfrentar el debate correspondiente, y una postura de esta índole en pro de sacar adelante el recurso ordinario, denota carencia de interés. Así lo ha señalado la jurisprudencia¹³:

“En torno al interés jurídico para impugnar el fallo condenatorio en el evento de allanamiento a cargos, la Sala debe reiterar su jurisprudencia en cuanto a que la admisión de responsabilidad por parte del imputado efectuada de manera consciente, libre, informada y asesorado por su defensor impide la impugnación del fallo con el propósito de deshacer los efectos de tal consentimiento¹⁴.”

La aceptación del compromiso penal por el mecanismo de iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía entraña la renuncia a las garantías de guardar silencio y al juicio oral donde se discuta la intervención en el delito; por manera que resulta contradictorio debatir la responsabilidad después de haberse allanado a los cargos en los términos de la formulación de imputación, cuando el juez de conocimiento ha verificado que se hizo de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente

¹³ C.S.J. Sala Penal. Radicado 31452 del 5 de agosto de 2009

¹⁴ Casación del 20 de octubre de 2005, Radicado No. 24.026 y Radicado No. 28872 de 2008.

informado y asesorado por la defensa¹⁵; oportunidad a partir de la cual, a voces del artículo 293 de la Ley 906 de 2004¹⁶, ya no es posible la retractación y en consecuencia surge la imposibilidad de discutir sobre la inocencia, o la degradación de la forma de participación, o plantear una causal excluyente de la responsabilidad¹⁷.

Así las cosas, se itera, el proceso terminó anticipadamente por aceptación de cargos, donde fue la fiscalía la que fijó el marco de la acusación y la señora Lina Vanessa Bula González renunció a discutir cualquier aspecto relacionado con los hechos, la adecuación típica de su conducta y la presencia de alguna circunstancia atenuante de responsabilidad, por tanto, el debate que ahora plantea la defensa, constituye una clara retractación a lo ya aceptado, y ningún interés jurídico le asiste en ello, sin que se aprecie en la actuación vulneración de garantías fundamentales.

Basta con escuchar lo acaecido en las audiencias de formulación de imputación y de acusación para evidenciar que la fiscalía fue clara en la exposición fáctica y jurídica, así mismo, se mostró coherente al ilustrarle ampliamente a la procesada los elementos materiales con los que contaba y que resultaban ser el soporte de la adecuación típica; igualmente, se observa que la señora Lina Vanessa Bula González Montoya previa asesoría de su abogado, quien estuvo al tanto de lo acaecido en la diligencia, aceptó de manera libre, consciente y voluntaria la comisión de las conductas punibles endilgadas, sin que se observara vulneración alguna a sus garantías fundamentales, y tampoco así lo mencionó la defensa.

Por ello, luce evidente la falta de interés jurídico que le asiste a la defensa para recurrir tal aspecto, pues ningún agravio le produjo la sentencia de instancia al haberse dictado conforme a la aceptación de cargos que realizó la señora Lina Vanessa Bula González previa asesoría de su defensor técnico.

5.3. Dosificación de la pena.

Al respecto, se dará respuesta puntual a los motivos de inconformidad así:

5.3.1. Aplicación de la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 268 de la Ley 599 de 2000.

¹⁵ Conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

¹⁶ Cuya exequibilidad fue objeto de pronunciamiento en Sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005.

¹⁷ En este mismo sentido la sentencia del 15 de julio de 2008, Radicado No. 28872.

Dicha norma indica:

“Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.”

En este asunto, el juez de instancia aludió a que aunque la procesada no tenía antecedentes penales ni ocasionó un grave daño a la víctima, el valor de los bienes hurtados superaba un salario mínimo, por lo cual no era procedente tal rebaja, en lo cual se aprecia un error pues uno de los delitos comportaba un monto de lo hurtado inferior al SMLMV para el año 2014, sin embargo, ello no alcanza para variar la pena impuesta como se verá más adelante.

Nótese que se trata de tres eventos de hurto, discriminados así:

| Fecha hechos | Valor de lo apoderado |
|----------------------|------------------------------|
| 19 de marzo de 2014 | \$621.320 |
| 28 de marzo de 2014 | \$967.800 |
| 23 de agosto de 2014 | \$288.500 |

Y, para el año 2014 el SMLMV era \$616.000, luego para el suceso del 23 de agosto de 2014, atendiendo al monto de lo hurtado -\$288.500-, a la carencia de antecedentes penales de la procesada y a que no se ocasionó ese grave daño a la víctima, esto es, a Almacenes Éxito, resultaba pertinente tal disminución, no pudiéndose realizar a los demás, como lo propuso el censor, por la estimación de lo apoderado, pues es la misma norma la que de manera taxativa define los ámbitos de su aplicación.

5.3.2. Aplicación del artículo 269 de la Ley 599 de 2000.

Al verificar la actuación, no se halló que se hubiese demostrado que la señora Lina Vanessa Bula González reparó a las víctimas como para hacerse acreedora de la rebaja dispuesta en la norma, por ende, no resulta procedente la realización de disminución alguna.

5.3.3. Monto de rebaja por allanamiento a cargos y aplicación por favorabilidad de la Ley 1826 de 2017.

En este asunto, la procesada fue capturada en situación de flagrancia y la aceptación de cargos se produjo cuando se disponían a adelantar la audiencia preparatoria, entonces, a fin de que por favorabilidad se acuda a la disminución prevista en la Ley 1826 de 2017, la Sala Penal del Corte Suprema de Justicia ha explicado:

“...la aplicación favorable de ese cuerpo normativo a quienes son procesados bajo trámite ordinario (específicamente en lo que tiene que ver con el monto de la rebaja de pena por allanamiento a cargos) sólo tiene cabida cuando se procede por uno de los delitos enlistados en el artículo 10° de la misma. El acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado no es uno de ellos:

«...conforme párrafo del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1826 de 2017, las rebajas conferidas por el allanamiento a los cargos, no aplican para delitos distintos de los enlistado en la misma, que fija como excepción en el párrafo del artículo 16, “las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito”.

Así mismo, la Corte encuentra necesario precisar que remitidos a los antecedentes de la Ley 1826, los criterios teleológicos que la informaron, así como a las razones de política criminal que le dieron origen, según ya se dejó visto, lo abreviado del procedimiento y los beneficios sustanciales derivados de su aplicación, especialmente en materia de justicia premial, se explican por la naturaleza de las conductas punibles que, en opinión razonable del legislador, dentro de la libertad de configuración que se le confiere, representan una gravedad menguada, criterio diferenciador, que justifica el trato más benigno, así como la no inclusión en su ámbito de cobertura de otros delitos, haciendo selección de las primeras para someter su investigación y juzgamiento al procedimiento especial.

Esa realidad mencionada desautoriza cobijar por virtud del principio de favorabilidad los delitos que no hacen parte del plexo limitado por la Ley 1826, amén de que al relacionar el contenido de los artículos 539 y 534, en cuanto se refieren a los hechos regidos por la norma, en el ámbito procesal y sustancial, es inequívoco que convergen exclusivamente al listado de las conductas punibles ya enunciadas, por los motivos a los cuales se viene haciendo referencia»¹⁸.

De ahí que «el beneficio punitivo contemplado en la citada ley, procede por favorabilidad para aquellos asuntos rituados bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004», pero únicamente si se adelantan «por los delitos enunciados en el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017»¹⁹.²⁰

Así las cosas, puntualmente la Fiscalía General de la Nación imputó y acusó a la señora Lina Vanessa Bula González la comisión del concurso homogéneo de hurto agravado (2 eventos del 19/03/2018 y 23/08/2014) -artículos 239 inc. 2, 241 # 11 y 27, del CP- en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado (1 evento del

¹⁸ CSJ AP, 5 dic. 2018, rad. 52535.

¹⁹ CSJ SP, 14 ago. 2019, rad. 51776.

²⁰ CSJ. SP. Rad. 56935 de 2020

28/03/2014), ambos en la modalidad de tentativa –artículos 239 inc. 2, 240 numeral 4, 241 # 11 y 27, del CP

Entonces, si bien el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017 dispone que el procedimiento especial abreviado se aplicará a las siguientes conductas punibles, entre otras, “... hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10”, ello no se ajusta a este caso, pues la agravante endilgada es la contenida en el artículo 241 numeral 11 del CP, excluida del ámbito de aplicación de dicha norma, por ende, no procede por favorabilidad la rebaja que por allanamiento a cargos dispone tal ley.

Por tanto, el juez de instancia no erró al haberle rebajado por el allanamiento a cargos el 8.33%, pues recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia C-645 de 2012 en lo tocante a la limitación de los beneficios punitivos en casos de allanamientos y preacuerdos en eventos de captura en flagrancia estableció que para la audiencia de formulación de imputación sería del 12.5%, en la acusación del 8.33% y en el juicio oral 4.16%, lo que quiere decir que la aceptación de cargos luego de la presentación del escrito de acusación, como sucedió en este evento, teniendo en cuenta que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, la que quedará únicamente ese 8.33%.

5.3.4. Tasación de la pena.

Conforme a lo anterior, y para mayor claridad del censor se tiene que los límites y los correspondientes cuartos ámbito de movilidad son los siguientes:

| | | |
|---|-------------------------------------|------------------------------------|
| DELITO DE HURTO AGRAVADO. artículos 239 inc. 2, 241 # 11 y 27 de la Ley 599 de 2000. Hechos 19/03/2014 | | |
| PENA DE PRISIÓN 12 meses a 47 meses 7 días. | | |
| ÁMBITO DE MOVILIDAD | | |
| CUARTO MÍNIMO | CUARTOS MEDIOS | CUARTO MÁXIMO |
| 12 meses a 20 meses 24 días | 20 meses 24 días a 38 meses 13 días | 38 meses 13 días a 47 meses 7 días |

| | | |
|--|-------------------------------------|-------------------------------------|
| DELITO DE HURTO AGRAVADO. artículos 239 inc. 2, 241 # 11 y 27 de la Ley 599 de 2000, con la rebaja contenida en el artículo 268 de la misma ley Hechos 23/08/2014 | | |
| PENA DE PRISIÓN 8 meses a 23 meses 18 días | | |
| ÁMBITO DE MOVILIDAD | | |
| CUARTO MÍNIMO | CUARTOS MEDIOS | CUARTO MÁXIMO |
| 8 meses a 11 meses 27 días | 11 meses 27 días a 19 meses 21 días | 19 meses 21 días a 23 meses 18 días |

| | | |
|--|--------------------------------------|---------------------------------------|
| DELITO DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO. artículos 239 inc. 2, 240 #4, 241 # 11 y 27 de la Ley 599 de 2000. Hechos 28/03/2014 | | |
| PENA DE PRISIÓN 54 meses a 220 meses 15 días | | |
| ÁMBITO DE MOVILIDAD | | |
| CUARTO MÍNIMO | CUARTOS MEDIOS | CUARTO MÁXIMO |
| 54 meses a 95 meses 18 días | 95 meses 18 días a 178 meses 26 días | 178 meses 26 días a 220 meses 15 días |

Así las cosas, individualizada la pena para cada delito, para efectos del artículo 31 de la Ley 599 del 2000 se partió de la correspondiente al hurto calificado y agravado, y establecido el cuarto mínimo como ámbito de movilidad, y ponderando la gravedad de las conductas, el daño, la intensidad del dolo, la necesidad de la sanción y las funciones de prevención general y especial, se tomó como base el extremo inferior de dicho cuarto para la pena de prisión, esto es 54 meses, en lo que no se aprecia error alguno, ni agravio para la señora Lina Vanessa Bula González.

Ahora, atendiendo a las reglas del concurso de delitos -artículo 31 de la Ley 599 de 2000-, se deberá incrementar la pena base hasta en “otro tanto” por los demás punibles concurrentes, la que se aumentó por el juez de instancia en un mes por cada hurto agravado, quedando en 56 meses de prisión, en lo que tampoco se evidencia yerro alguno.

Y, menos aun se observa equivocación en la aplicación de la rebaja por allanamiento a cargos del 8.33%, resultando la pena final en 51.3 meses, esto es, 4 años, 3 meses, 9 días, tal y como lo hizo el juez de instancia.

5.4. Subrogados.

Sea lo primero recordar que como lo ha decantado ampliamente la jurisprudencia constitucional, corresponde al legislador en virtud de la competencia que le asiste frente a la definición de la política criminal del Estado, fijar no sólo las conductas punibles, sino también sus sanciones y el procedimiento que regula el trámite penal. En ese sentido se dijo en la sentencia C 387 de 2014:

“Ha señalado esta Corporación que al Congreso de la República se le asigna competencia en la definición de la política criminal del Estado (arts. 114 y 150 superiores), para determinar las conductas que constituyen delitos, las sanciones que deben imponerse y el procedimiento a cumplirse. Le asiste en materia penal una competencia amplia que encuentra respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (arts. 1º y 3º superior). Bien puede el legislador penal crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social”.

Premisa de la cual, derivan otros postulados fundantes como el estricto respeto por la legalidad no solo del delito y la pena, sino también del proceso, como garantía de los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho, acatamiento que se impone con mayor rigurosidad a los operadores judiciales. En este sentido ha dicho la jurisprudencia:

“13. La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. Cierta, por cuanto debe definirse con certeza el ámbito de las prohibiciones, procesos y sanciones de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia. Es decir, con seguridad deben conocer qué comportamientos no están permitidos, a qué reglas procesales se somete la persona a la que se le impute una conducta prohibida y cuáles son las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella. Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley.

El estricto respeto del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena, tiene varias razones de ser. Por una parte, constituye una manifestación del principio de separación de los poderes públicos: A los Estados de derecho les repugna la idea de que quien tiene el poder de reglamentar la ley o de ejecutarla, tenga también la facultad de promulgarla y esto es así desde el surgimiento de la modernidad política. Por otra parte, la determinación legal del delito, el proceso y la pena por

parte de la instancia legislativa, asegura que las decisiones que se tomen respecto de esos ámbitos, tan ligados a los derechos fundamentales de la persona, sean tomadas luego de un intenso proceso deliberativo en el que se escuchan todas las fuerzas políticas con asiento en el parlamento. Así, al ciudadano se le otorga la garantía de que las leyes que regulan su existencia han sido expedidas con el concurso de sus representantes. Finalmente, el estricto respeto del principio de legalidad en esas materias es también una garantía de seguridad jurídica: Se desvanece el peligro de que las prohibiciones, los procesos y aún las penas, por no estar específicamente determinados, sean urdidos sobre la marcha y, en consecuencia, acomodados a las urgencias coyunturales que asalten a sus reglamentadores o ejecutores. De allí que esta Corporación haya indicado que “En desarrollo del principio de legalidad del proceso, todos los elementos de éste deben estar íntegra y sistemáticamente incorporados en la ley, de manera que no pueden, ni las partes, ni el juez, pretender que el mismo discorra por cauce distinto al previsto en la ley²¹”.

Así las cosas, es claro que, no obstante, al operador judicial le corresponde la tarea de llevar a cabo un proceso mental de interpretación de la ley, en los eventos en que la norma es expresa y no admite otro alcance, esa labor se limita completamente a la literalidad de las disposiciones. Lo anterior, por cuanto la función del juez debe enmarcarse siempre en el respeto a los principios generales de la legalidad y la taxatividad, que en materia penal parten del supuesto de reserva legal.

En este evento el contenido del artículo 68 A del CP, impedía al juez de Instancia dar una interpretación distinta a la literalidad de la norma, la que sin duda consagra una prohibición taxativa para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, y cualquier otro beneficio judicial o administrativo, frente a personas que hayan sido condenadas, entre otros, por el delito de “hurto calificado”, entonces mal podía el *a quo* como lo pretende el apelante recurriendo a valoraciones netamente subjetivas dejar de aplicar el contenido del citado artículo, pues así procediese la readecuación de la pena ese aspecto no excepciona la aplicación del artículo 68 A del C.P.

Así las cosas, la Sala no encuentra interpretación distinta a la de considerar que la acusada no es merecedora del sustituto por disposición legal, actuar en contrario desatendería el principio de legalidad de la pena.

Finalmente, ningún pronunciamiento se hará respecto a la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia pues, como lo aceptó el recurrente, tal aspecto no fue

²¹ C 101 de 2004

demostrado, y recuérdese que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia acogió lo explicado por la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005, indicando que dicha figura involucra los siguientes elementos:

“...[p]ara tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.”²²

De allí que el mismo tribunal constitucional puntualizara que en materia de carga probatoria, corresponde demostrar a quien reclama la condición de padre cabeza de familia:

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre”²³

Y en este caso, no aportó ningún elemento cognoscitivo que soportara tal pretensión, si se dispone de él puede acudir ante el juez de ejecución de penas al que corresponda vigilar la sentencia a realizar dicho pedimento.

En esos términos, las censuras propuestas por el apelante no prosperan, y está la sentencia llamada a su confirmación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²² Corte Constitucional, sentencia SU – 388 de 2005.

²³ CSJ. Sala Penal. Sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado SP7752-2017, 46.277. MP. Patricia Salazar Cuellar

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia recurrida.

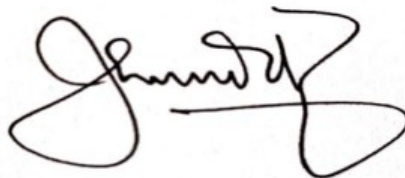
SEGUNDO: Esta providencia queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta 30 días.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARTHA ALEXANDRA VEGA ROBERTO

MAGISTRADA



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

MAGISTRADO

Conforme al Art. 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y el Derecho, esta providencia fue aprobada de manera virtual y contiene la firma escaneada de los Magistrados que conforman la Sala.