



SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05 001 60 00000 2020 00670
DELITO: Concierto para delinquir y hurto calificado
CONDENADO: NILSON ARISTIZÁBAL TEZNA
PROCEDENCIA: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia preacuerdo.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Sentencia: 7
Tema: Aplicación del artículo 349 Ley 906 de 2004
Acta: 80

Medellín, veintiocho 28) de abril de dos mil veintiuno

ASUNTO POR TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por la delegada del Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada el diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020) por la Juez Tercera Penal del Circuito de Medellín, en contra de **NILSON ARISTIZABAL TEZNA** por medio de la cual fue condenado, anticipadamente, en virtud de un preacuerdo, como coautor del delito de hurto calificado en concurso con concierto para delinquir, imponiéndole pena principal de veinticuatro (24) 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

Conforme a la narración de los hechos jurídicamente relevantes plasmada en el escrito de acusación, se tiene que para el año dos mil dieciocho se presentaron unos hurtos a diferentes apartamentos en la ciudad de Medellín, en los cuales estaban involucrados algunos sujetos y un vehículo de servicio público, tipo taxi, de placa SMX 038, varios de ellos se encargaban de distraer a los vigilantes y otros ingresaban a los inmuebles de manera violenta, encontrándose los siguientes casos que se asocian entre ellos por el *modus operandi*:

NUNC 050016000206201805230, por hurto a residencia, en la unidad **ATALAYA DE LA MOTA**, ubicada en la **Calle 3 A Sur No 81A-04 apartamento 1510**, Barrio Belén.

NUNC 050016000206201804460 por hurto a residencia, en la unidad **LOS CABOS** ubicada en la **Carrera 75 DA No 2 B Sur-320 apartamento 622**, Barrio Belén la Mota.

NUNC 050016000206201804154 por hurto a residencia, en la unidad **CALASANZ AZUL**, ubicada en la **Calle 50 A No 86-450 Torre 3 Apartamento 825**, Barrio Calasanz.

NUNC 050016000206201801527 por hurto a residencia, en la unidad **JARDIN DE COLORES P.H.** ubicada en la **Carrera 73A # 53-35 Torre 3 apartamento 1110**, Barrio Los Colores.

NUNC 050016000206201807737 por hurto a residencia, en la unidad **OCEANIA** ubicada en la **Carrera 41 No 18 D 70 Torre 2 apartamento 2308**, Barrio Poblado.

Se consigna que en las labores de investigación realizadas se identificó al conductor del vehículo taxi **SMX038** como **RUBIEL ANTONIO GONZÁLEZ URREGO**, quien participaba activamente de los hurtos y utilizaba el vehículo como fachada para entrar a las unidades residenciales en compañía de los otros miembros de la banda delincriminal, haciéndose pasar como residentes, ya que cuando llegaban los otros integrantes distraían a los vigilantes en las porterías, ingresando el taxi sin problemas con los otros sujetos quienes violentaban los apartamentos para su ingreso.

En virtud de orden de captura 028 por el delito de Hurto Calificado, por los hechos del evento No. 1 ATALAYA DE LA MOTA: NUNC 050016000206201805230, emitida por el Juzgado 5 Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín, contra el señor RUBIEL ANTONIO GONZÁLEZ URREGO conductor del vehículo taxi **SMX038**, fue capturado el 27 de Marzo de 2018 a la salida del CAI Ditaíres de la Policía y puesto a disposición de autoridad competente, aceptando los cargos de los hechos imputados, siendo condenado el dos de agosto de 2018 por el Juzgado 24 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín.

Se indicó que con ocasión de la captura de RUBIEL ANTONIO GONZÁLEZ URREGO, se logró identificar a varias personas entre mujeres y hombres que lo acompañaban al momento de su aprehensión, siendo individualizados cada uno de ellos en el CAI

DITAIRES de la Policía del Municipio de Itagüí, entre los que se encontraba **NILSON ARISTIZÁBAL TEZNA**, estableciéndose, luego de los cotejos morfológicos con los videos de las cámaras de seguridad, que participó en varios de estos hurtos, así:

En el evento 1 ocurrido en la Calle 3 A Sur No 81A- 04 apartamento 1510, Barrio Belén, víctima Paula Andrea Mejía Peña, conforme a lo manifestado en la denuncia, regresó a su apartamento y encontró las cerraduras de la puerta y el marco reventados, hurtándosele un computador portátil marca Lenovo, un Play Station 4, controles, 4 películas originales, joyas de oro, cadenas en varios tejidos, anillos, dijes, aretes, 14 relojes y dinero en efectivo, dólares y billetes de colección, objetos valuados en veinte millones de pesos (\$20'000.000).

Igualmente se relaciona su participación en el evento 5, el cual ocurrió en la Carrera 41 N° 18D-70, apto 2308, urbanización Oceanía, barrio El Poblado, víctima Johan Vladimir Salazar Pérez, quien se plasma, manifestó en la denuncia, todo ocurrió el miércoles 14 de febrero del año 2018, en tanto al día siguiente llegó a su casa y observó que la chapa de la puerta principal estaba dañada y forzada.

Se consigna que una vez ingresó a su apartamento vio que le habían robado la caja fuerte y dentro de ella tenía \$41'500.000 de pesos, 1.000 euros, 700 dólares, las tarjetas profesionales de abogado y contador, pasaporte viejo, pasaportes nuevos y originales de él y su esposa, las visas de los Estados Unidos de los dos, un anillo de oro de grado, un anillo de oro, cinco cheques en blanco

de Bancolombia de Walter Salazar, dos cheques en blanco del Banco de Bogotá del señor Alberto Hurtado, letras de cambio por \$800.000.000, deudor Johan Salazar con fecha cierta; letras de cambio por \$300.000.000 deudor Jhon Fredy Salazar; letras de cambio a favor de Alba Lucía Giraldo por valor de \$150.000.000; también, una caja con relojes de alta gama (4 Fósil de hombre, 2 Casio de hombre, un Citizen de hombre, un deportivo Casio de mujer, dos marca Fósil de mujer, uno marca Michael Kors de mujer), además, un maletín marca Samsonite y unas gafas de sol marca Ray Ban para mujer.

Dichos objetos, se dice, ascendían a la suma de setenta millones de pesos (\$70´000.000).

ACTUACIÓN PROCESAL

Por tales hechos, la Fiscalía formuló imputación en contra de **NILSON ARISTIZÁBAL TEZNA** el dieciocho (18) de junio de dos mil veinte, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Medellín, por el delito de concierto para delinquir, en concurso con dos hurtos calificados (Artículos 340, 239 y 240 N. 1 y 3 del Código Penal), sin que aceptara los cargos formulados.

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

La Fiscal 75 Seccional, presentó escrito de acusación en contra del citado, señalándolo como probable responsable de los delitos que le fueron imputados.

El proceso correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín y en audiencia del cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte, la delegada de la fiscalía manifestó que se había llegado a un preacuerdo con el procesado, el cual consistía en degradar su participación de autor a cómplice, otorgando una rebaja de la mitad de la pena, indicándose por la defensa que esos eran los términos del preacuerdo y que la pena definitiva quedaba en dieciocho (18) meses, aduciéndose por parte de la víctima Johan Salazar, que conocía del preacuerdo y se encontraba indemnizado.

Acto seguido el procesado manifestó que su aceptación de responsabilidad era libre consciente y voluntaria, pero se suspendió la diligencia para el traslado de los elementos de prueba que soportaban el preacuerdo.

En audiencia del veintiocho (28) de septiembre siguiente, la delegada del ente acusador refirió que las víctimas no tenían interés en participar, y que presentaría un nuevo preacuerdo, en los mismos términos, pero aclarando que la pena definitiva quedaría en veintidós (22) meses de prisión.

Para el efecto argumentó que se partiría del delito de hurto calificado con pena mínima de 72 meses, quedando en 36 meses, más 6 meses por el otro evento, para un total de 42 meses, pero como se contaba con las constancias de reparación integral a las víctimas, de conformidad con el artículo 269 del C.P., se otorgaba una disminución del 60 %, para un total de 16.8 meses de prisión. Y por el

concurso heterogéneo con el delito de concierto para delinquir, establecido en el artículo 340 N. 1 C.P., con pena mínima de 48 meses, se incrementaría el otro tanto de conformidad con el artículo 31 ibíd., en 3 meses, quedando una pena definitiva de veintidós (22) meses de prisión.

La defensa manifestó que esos eran los términos del preacuerdo celebrado, sin embargo, la delegada del Ministerio Público se opuso al mismo, indicando que se trata de un beneficio exagerado frente a la dosificación punitiva, pues dada la gravedad de las conductas, no lo ve proporcional y se desprestigia la administración de justicia.

Refirió que se vulneran garantías fundamentales y legales, toda vez que conforme al artículo 349 del C.P.P no se está diferenciando lo que es reintegro e indemnización, en tanto **ARISTIZABAL TEZNA** es procesado por dos hurtos por valor de \$90'000.000 y se está hablando de indemnización integral por un valor diferente al apropiado, esto es, \$23'000.000 que no llega a un cincuenta por ciento (50%) que exige la norma, aunado a que se cambia autoría por complicidad y se da una rebaja exagerada.

Aduce que en lo atinente al artículo 269 del C.P. se debe verificar el numeral 5 del artículo 60 ibíd., es una rebaja post delictual y debería ser de 21 meses como mínimo y no de 16.8 más el incremento como lo preacordaron.

Por su parte, la defensora indicó que no entiende por qué la delegada del Ministerio Público se duele de la reparación integral en un monto menor al 50%, a sabiendas que las víctimas no se opusieron y enviaron escrito en el cual se dan por indemnizadas en forma integral, aunado a que se trata de una coparticipación que es degradada a complicidad, y su contribución no fue determinante, con o sin su participación, el hecho delictivo se hubiere realizado.

Adicionalmente esgrime que lo hurtado no incrementó el patrimonio de su defendido, fueron varios los participantes, y son las mismas víctimas quienes reconocen que se encuentran indemnizadas por el señor **NILSON**, el incremento fue relativo y las víctimas podrán perseguir el resto de lo hurtado con los otros partícipes.

Sin embargo, aduce que se podría replantear la pena, solicitando dialogar con la fiscal, luego de lo cual acuerdan una pena que conforme al numeral 5 del artículo 60 del C.P. sería de 21 meses por el delito de hurto calificado, aumentada en 3 meses más por el concierto para delinquir, para una pena definitiva de **veinticuatro (24) meses de prisión.**

Posteriormente, el enjuiciado manifiesta que acepta los términos del preacuerdo, suspendiéndose la diligencia por parte de la judicatura para verificar los elementos materiales probatorios.

En audiencia del catorce (14) de octubre de dos mil veinte, la titular del despacho adujo que luego de verificar los elementos materiales probatorios, se constató que había prueba para desvirtuar la presunción de inocencia, así como que se tuvo en cuenta a las víctimas, pero que no tenía claridad frente al reintegro de lo apropiado, toda vez que se indemnizó a una con \$16'000.000 y a la otra con \$5'500.000, pero se requiere cumplir el requisito en su totalidad, pues una cosa es indemnización y otra reintegro de lo apropiado.

La delegada fiscal solicitó suspender la diligencia, continuándose el veintiocho (28) de ese mes y año, en la cual la titular del despacho expuso que se había increpado a las partes, en especial a la Fiscalía, respecto a si contaba con prueba mínima para acreditar el monto del incremento de **ARISTIZABAL TEZNA**, a lo cual manifestó que ya se había aportado, lo cual fue corroborado por la defensa, quien adujo que se allegó escrito del procesado en el que precisaba cuál fue su incremento patrimonial.

Acto seguido la titular del despacho anotó que se verificó que se efectuó el reintegro respectivo, así como la indemnización, por manera que impartió aprobación al preacuerdo, sin que se interpusieran recursos.

En la misma diligencia se dio trámite a la audiencia establecida en el artículo 447 del C.P.P.

El diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte, se dio lectura de la sentencia, contra la cual la delegada del Ministerio Público interpuso recurso de apelación.

LA SENTENCIA APELADA

Hallando satisfechos los elementos básicos para ello, el diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte, se emitió la sentencia condenatoria con fundamento en el preacuerdo presentado, la cual estableció una pena de veinticuatro (24) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Para el efecto argumentó la juez de primera instancia que el acuerdo realizado con el procesado, consistente en degradar su participación de autor a cómplice para solos efectos de dosificar la pena, no vulnera garantías fundamentales.

En punto a la legalidad del preacuerdo, afirmó que conforme a lo expuesto en la sentencia C-059 de 2010, lo que se pretende es evitar beneficios pecuniarios para el autor del delito de hurto, lo que no es sinónimo de perjuicio causado, es decir, que como ocurre en este caso, las víctimas sufrieron un detrimento patrimonial superior al reintegro, pero lo importante es constatar que **NILSON ARISTIZABAL**, no tenga un acrecimiento del patrimonio por razón del delito.

Indica que en este caso, se allegó prueba sumaria consistente en declaración juramentada de las dos víctimas donde manifiestan que fueron indemnizadas y reparadas, esto es, Paula Andrea Mejía recibió \$5'500.000 y Johan Salazar Pérez, \$17'500.000, quedando probado que **NILSON ARISTIZABAL** indemnizó las mismas.

Sostiene que para constatar cuánto fue el incremento y verificar que coincidiera con el reintegro, existe declaración de **NILSON ARISTIZABAL TEZNA** en la que manifestó que por el hurto en el caso Oceanía, estimado en \$70'000.000 recibió la suma de \$11'000.000 y en el caso Atalaya, que lo hurtado fue por \$20'000.000, obtuvo \$4'500.000.

Esgrime que si bien las víctimas sufrieron un perjuicio mayor al indemnizado, lo que implica que lo apropiado por el grupo delincuenciales fue mayor, también se tiene prueba sumaria de que lo realmente percibido por el procesado fue inferior al perjuicio de las víctimas, en tanto, como lo manifestó la defensora, por haber una coparticipación en los hechos delictivos, el botín fue repartido entre los participantes en el delito, verificándose el reintegro como uno de los requisitos para la aprobación de preacuerdo, que coincidió con el valor que recibieron las víctimas como la indemnización respectiva, cumpliéndose con el reintegro y evitando que en el patrimonio del procesado existan residuos económicos del beneficio que obtuvo en los dos hurtos en los que participó.

Considera que, así como para la comisión de la conducta delictiva, la participación del procesado y desvirtuar la presunción de inocencia es suficiente la prueba sumaria, también para probar el incremento real de quien participó en un delito.

Por ello concluye, el preacuerdo cumple con el requisito exigido en el artículo 349 del C.P.P. constatándose la participación activa que se dio a las víctimas dentro del mismo.

DE LA APELACIÓN

Dentro del término de ley, la delegada del Ministerio Público presentó y sustentó el recurso de apelación.

Para el efecto manifestó que su disenso radica en el aval del preacuerdo presentado, que dio lugar a la sentencia objeto de apelación, porque en su sentir, no cumplió con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 351 del C.P.P., en concreto lo establecido en el artículo 349 *ibid.*, en lo relacionado con el reintegro del cincuenta por ciento (50%).

Aduce lo anterior, toda vez que el monto de los hurtos ascendió a \$90'000.000, discriminados así: Víctima Paula Andrea Mejía, afectada en su patrimonio en cuantía de \$20'000.000 siendo indemnizada por el acusado en la suma de \$5'000.000 y la víctima Johan Uladimir Salazar, por la suma de \$70'000.000 indemnizado con \$16'000.000.

Así, indica, el preacuerdo no cumplió con lo dispuesto en la citada disposición frente al reintegro, que para este caso equivaldría a \$45'000.000 y tampoco se aseguró el remanente.

Expone que en relación con la diferencia existente entre reintegro e indemnización la Corte Constitucional en sentencia C-059 de 2010, se pronunció indicando la exigibilidad del reintegro como requisito para la aprobación del preacuerdo en los casos en que se verifica incremento patrimonial como consecuencia del ilícito, situación que se constató de acuerdo a la denuncia de las víctimas que dan cuenta de la afectación que sufrieron en su patrimonio, por lo que de manera correlativa surgió un incremento injustificado en el patrimonio de los autores del ilícito, considerando que en este evento lo que ocurrió fue una indemnización y no reintegro.

Anuncia que la juez advirtió que el preacuerdo no cumplía con lo dispuesto en la norma, pero que ello podía subsanarse si se aportaba prueba de que con lo pagado por el acusado a las víctimas, se estaba cumpliendo con la exigencia, en razón a que eso fue lo que le correspondió por su participación en los hurtos investigados, por lo que se aprobó al aportarse la declaración que fuera rendida por el mismo procesado en donde indicó que lo que le correspondió por los ilícitos fue inferior al valor indemnizado.

Sin embargo, insiste, el preacuerdo no satisface la exigencia legal del artículo 349 del C.P.P., pues dicho requisito fue equiparado por la juez de instancia a la indemnización, y que se subsanó en este caso a prorrata, de acuerdo a lo que el acusado

refirió le correspondió por su participación en los hechos delictivos, cuando la norma es clara frente al reintegro de lo apropiado, precisándose que el mismo se puede dar por uno de los autores o por todos, siendo necesario que quien pretende acceder a este mecanismo premial, cumpla con la exigencia de orden legal, máxime cuando la participación del acusado se dio como coautor, es decir, en virtud de una concertación previa para cometer los delitos.

Por lo expuesto solicita decretar la nulidad a partir de la decisión aprobó el preacuerdo.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

DEFENSORA

La defensora de **ARISTIZABAL TEZNA** sostuvo frente al recurso interpuesto que debe rechazarse de plano, pues no se hizo la enunciación de los motivos de disenso frente al fallo, solo en la sustentación del recurso.

Adicional a ello, indica, se agotó la exigencia descrita en el artículo 349 del C.P.P., como quiera que se acreditó el monto del provecho económico obtenido por su representado en la comisión de los delitos, tal y como lo anotó la juez para proceder a la aprobación del preacuerdo, toda vez que las víctimas además de ser indemnizadas, se les hizo el reintegro del valor del cual obtuvo provecho económico el sentenciado.

Lo anterior, por cuanto su representado no obtuvo como provecho económico el total de lo hurtado en los dos eventos, lo cual se acreditó con prueba sumaria, esto es, la declaración que bajo juramento rindiera el procesado conforme a la exigencia realizada por la *A quo* de acreditar probatoriamente el monto del valor que aquel había recibido.

Expone que aquel en la declaración bajo la gravedad de juramento, adujo que su provecho ascendió en un caso a la suma de \$4'500.000 y en el otro a \$11'500.000, y pese a ello realizó la indemnización y reintegro de una suma superior a cada una de las víctimas, esto es, \$17'500.000 para Jhoan Salazar, y \$5'500.000 a Paula Mejía, de suerte que no puede hacer la reparación del total hurtado, cuando se itera, actuó con otros cinco (5) partícipes en el hecho, aunado a que las víctimas pueden perseguir el restante con los otros procesados, incluso porque algunos de ellos están siendo actualmente juzgados y las víctimas no se opusieron, estuvieron presentes en algunas audiencias y ningún reparo ofrecieron.

Adicional a ello, la delegada del Ministerio Público debió apelar la decisión que aprobó el preacuerdo y no esperar hasta la sentencia, cuando las etapas procesales son preclusivas.

FISCALIA

La delegada de la Fiscalía, refirió que ningún reparo tiene frente a la decisión de primera instancia, como

quiera que respalda en su totalidad los argumentos vertidos por la A quo en la sentencia.

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 Tercero 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 el impugnante. Hay sustentación suficiente para que sea viable el estudio del asunto.

Como quiera que la inconformidad planteada por la delegada del Ministerio Público tiene que ver exclusivamente con el presunto incumplimiento de la exigencia legal prevista en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el problema jurídico a resolver en este caso es determinar si era viable que la juez de primera instancia avalara el preacuerdo y emitiera sentencia con fundamento en el mismo.

Y, sobre el asunto sometido a consideración de la Sala, lo primero que debemos indicar es que acorde a lo analizado en múltiples decisiones por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de la figura de los preacuerdos y su

control por parte del juez de conocimiento, debe advertirse la obligación de determinar si fue realizado de forma voluntaria, libre, espontánea y debidamente informada¹, y se hayan respetado las garantías fundamentales² de partes e intervinientes³, dentro de las que se encuentran la legalidad, la estricta tipicidad y el debido proceso, entre otras; siendo indiscutible que este control judicial es una expresión del principio de jurisdiccionalidad⁴.

Atendiendo la modalidad de preacuerdo escogida por las partes, habrá de examinarse si en el caso concreto se vulneró el principio de legalidad, por ese incumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 349 del C.P.P. alegado por la recurrente.

Tenemos que tal precepto normativo, establece que en los procesos que se adelanten por 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 (*incluido el allanamiento a cargos*) hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente, entendiéndose además, de acuerdo a los desarrollos jurisprudenciales, que de acudir a tales figuras incumpliendo tal exigencia, no se tendrá derecho a rebaja punitiva alguna.

¹ Artículo 293 ley 906 de 2004.

² Artículo 351-4 ley 906 de 2004.

³ CSJ SP931-2016, Rad. 43356.

⁴ CSJ SPAEP0017-2020, Rad.51532

La Corte Constitucional en sentencia C-059 de 2010, al analizar la constitucionalidad de la citada disposición expresó:

“En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: evitar que mediante las figuras procesales de la justicia negociada, quienes **hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente.** En otras palabras, se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el patrimonio económico, como parece entenderlo la demandante, sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como delitos contra la administración públicas (vgr. peculado, concusión, cohecho, etc.). De tal suerte que, distinto a lo sostenido por la demandante, **el propósito de la norma acusada no es crear una especie de beneficio o privilegio a favor de las víctimas de quienes se han enriquecido con su accionar delictivo, sino asegurarse que no disfruten de un provecho ilícito.**

En este orden de ideas, la norma acusada, antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es **evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales.**

En suma, la norma acusada no puede ser interpretada de manera aislada, sino como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada.”. – negrilla propia -

Por su parte, en providencia con radicado 51532 del 24 de febrero de 2020, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia indicó:

“Sobre esta figura, vale señalar que si la persona que obtuvo un aumento patrimonial derivado del ilícito persigue la celebración de un preacuerdo, este solo puede tener lugar cuando se haya reintegrado cuando menos el 50% del citado incremento y se encuentre garantizado el recaudo del remanente. A través de este instrumento se consigue desestimular la comisión de las conductas punibles, obligando a que quien haya acrecentado su patrimonio con ocasión del delito, se vea forzado a devolver lo ilegalmente

obtenido, como requisito para conseguir beneficio por vía de preacuerdo.

Ahora bien, en el caso concreto, no existe discusión respecto a que en efecto el enjuiciado entregó a las víctimas Paula Andrea Mejía Peña y Johan Vladimir Salazar Pérez, las sumas de \$5'500.000 y \$17'500.000, respectivamente, pues así se acreditó con los elementos cognoscitivos incorporados a la actuación.

Sin embargo, en criterio de la recurrente dichos montos no son suficientes para cumplir la exigencia descrita en el artículo enunciado, como quiera que el monto total de lo hurtado a las víctimas ascendió a \$90'000.000, situación de la que discrepan tanto el representante de la fiscalía como la defensa y la juez de instancia, ya que en el curso de la actuación se probó, mediante declaración jurada rendida por el procesado, que del monto total de lo apropiado aquel solo obtuvo en un hurto \$4'500.000 y en el otro \$11'500.000.

Frente a tal situación la Sala debe indicar desde ya que habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, como quiera que de los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación se desprende que en los hurtos en los que participó NILSON ARISTIZABAL TEZNA, intervinieron otras personas, de lo cual se puede inferir, que en este tipo de casos, lo hurtado, indica el sentido común, es distribuido entre todos los coautores *-puede sostenerse razonablemente que podemos encontrar aquí una regla de experiencia-*, por lo que imposible resulta predicar que los noventa millones de pesos

(\$90´000.000) ingresaron al patrimonio del enjuiciado, es decir que en ese monto se vio incrementado su patrimonio.

Importa reseñar que debe tenerse en cuenta el escrito allegado al despacho de primera instancia suscrito por el enjuiciado, en el que indicó, bajo juramento, que en los hurtos ocurridos en la urbanización Oceanía de El Poblado y Atalaya, donde participaron cinco personas más, obtuvo un provecho proporcional a su participación; en el primer caso fue de \$11´500.000 y en el segundo de \$4´500.000.

Lo manifestado en el aludido escrito por el enjuiciado resulta creíble para la Sala conforme lo plasmado en el escrito de acusación, aunado a que siendo carga de la delegación de la Fiscalía General de la Nación hacerlo, no se determinó, en los hechos jurídicamente relevantes, el incremento patrimonial concreto a cargo de quien funge como procesado en este proceso penal, por lo que habrá de darse credibilidad a lo manifestado por **NILSON ARISTIZÁBAL** en el documento que se allegó al juzgado de primera instancia, si tenemos en cuenta además que no hubo oposición de las víctimas durante el trámite y, por el contrario, aseveraron encontrarse satisfechas con el monto de lo entregado por aquel.

Precisamente, en los documentos que allegó la fiscalía, Paula Andrea Mejía Peña y Johan Vladimir Salazar Pérez, aseveraron haber recibido por concepto de indemnización y reparación, las sumas de \$5´500.000 y \$17´500.000, en su orden, y que renunciaban a cualquier acción e incluso al incidente de reparación

integral del mencionado, posición que resulta admisible para la Sala, como quiera que el restante de lo que les fue hurtado puede ser perseguido en los procesos adelantados en contra de los demás coautores de los hechos delictivos aquí estudiados.

Lo anterior, porque la norma es clara al indicar que se debe hacer el reintegro de por lo menos el cincuenta por ciento (50%) del incremento percibido por el sujeto activo de la conducta y asegurar el pago del remanente, y de conformidad con lo expuesto, el acrecentamiento concreto del patrimonio de NILSON ARISTIZÁBAL TEZNA, no fue del total de lo hurtado a las víctimas, por manera que hacer una interpretación en tal sentido, sería totalmente desfavorable a los intereses del procesado, quien estuvo presto a reparar e indemnizar a las víctimas y solucionar este caso de una manera expedita, evitando desgastes a la Administración de Justicia.

Aunado a lo anterior, tenemos que en los casos en que se afecta el patrimonio económico privado y las víctimas llegan a un acuerdo respecto al valor reintegrable, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 24817 del 22 de junio de 2006 indicó lo siguiente:

“Obviamente, para insistir en las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 del 2004, no en todos los casos en los que se produce un incremento patrimonial producto de la conducta punible existe un correlativo detrimento para una persona determinada, y tampoco en todos los eventos en que esto ocurre es posible realizar actos de disposición.

Debe diferenciarse, entonces, en primer lugar, aquellos delitos que afectan el patrimonio económico público de los que lesionan el privado, pues en los primeros no es admisible la conciliación que consolidaría el detrimento del erario.

En segundo lugar, cabe distinguir las conductas que producen aumento patrimonial en quienes las ejecutan y un simultáneo empobrecimiento de

quienes las padecen, como todas las que afectan el patrimonio económico público o privado, de aquellas que sólo representan incremento para el autor, como, por regla general, las vinculadas al tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito de particulares.

Con estas precisiones, **se concluye, frente al artículo 349 de la Ley 906 del 2004, que el valor reintegrable debe ser total cuando el afectado sea el patrimonio público, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes. Idéntica solución cabe admitir respecto de la aplicación del artículo 269 del Código Penal, limitada obviamente a los delitos contra el patrimonio económico.**

Dicho con apego a la legislación civil,

Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:
... 3º) Por la transacción. (artículo 1.625 del Código Civil).

La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. (artículo 2.469 ibídem).

No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. (artículo 2.470 ib.).

La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal. (artículo 2.472 ib.)". – Negrilla propia-

Así las cosas, si en este caso, se allegó prueba sumaria en la que se establece que las víctimas manifestaron que fueron indemnizadas y reparadas, no aplica la limitante descrita en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con el numeral 3 del artículo 288 y 351 ibíd., pues como lo indicó la alta corporación, ello es viable frente a dicho precepto, cuando medie acuerdo con la víctima respecto al monto de la indemnización, como en este caso, y por tanto, existiendo dicha acreditación, no hay lugar a que se restrinja la rebaja por allanamiento en aplicación a la norma analizada.

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

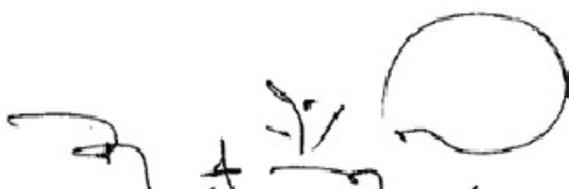
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

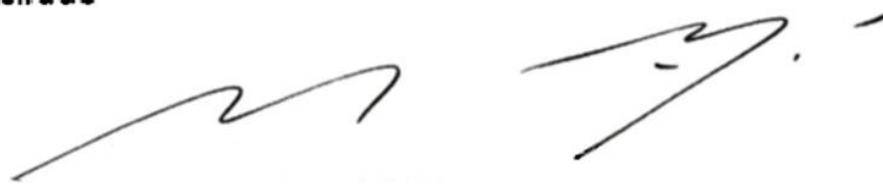
PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020) por la Juez Tercera Penal del Circuito de Medellín, en contra de **NILSON ARISTIZABAL TEZNA** al hallarlo penalmente responsable, como autor material, del delito de hurto calificado en concurso con el delito de concierto para delinquir.

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