



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

## SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2009-11970  
Procesada: Jenny Marcela Orozco Gómez  
Delito: Hurto calificado agravado y continuado  
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria  
(preacuerdo)  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 055

Medellín, primero (1) de junio de dos mil veintitrés (2023)

### 1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la defensa y la procesada en contra de la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín que, vía preacuerdo, condenó a Jenny Marcela Orozco Gómez por la comisión de la conducta punible de hurto calificado agravado en la modalidad de delito continuado.

### 2. EL HECHO

Fueron relatados en la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

“JENNY MARCELA OROZCO GÓMEZ, en el marco de un preacuerdo suscrito con la delegada Fiscal 35 Seccional, aceptó que, cuando se empleaba en la entidad Bancolombia S.A, sucursal Nueva Villa de Aburrá, entre los años 2007 y 2008, realizó múltiples transacciones financieras sin autorización de la empresa, en cuentas corrientes, de ahorros y fiducuentas de varios clientes del banco, con el fin de hacer traslados fraudulentos de fondos a otras cuentas de personas naturales, así:

Entre el 14 y 25 de agosto de 2008, Cindy Monsalve recibió en su cuenta la suma de \$ 4.800.000.

El 12 de octubre de 2007 se consignó a la cuenta de Yolanda Arroyave la suma por \$ 3.000.000.

El 28 de noviembre de 2007 se realizó un retiro de Fiducuenta por valor de \$33.859.000, el cual ingresó a AUTOLARTE, transacción realizada por Jenny Orozco, para pagar la factura de un automóvil a nombre de su hermana, Ivonne Shirley Orozco.

Entre mayo de 2007 y septiembre de 2008 se hicieron varias transacciones a la cuenta de ahorros de Diana Zuluaga, por un total de \$83.590.000; y entre febrero y mayo de 2007 se realizó traslado de fondos por valor de \$22.390.000 a la cuenta de Edwin Zuluaga.

Así mismo, cuando Jenny Orozco laboraba en la sucursal de Bancolombia, otros clientes de la banca fueron defraudados, entre ellos están: Héctor Raigosa, Luis Fernando, Jesús y Alfonso Macías, en representación de la empresa Consorcio Vial Ocho y Consorcio APROC, y, a Carlos Enrique, por infinidad de transacciones a su nombre; motivos por los cuales se afectó severamente el patrimonio económico de estas personas naturales y jurídicas, y Bancolombia tuvo que subsanar ese detrimento a sus clientes, haciendo la reintegración de esos fondos, por un total de 429.047.000 pesos.”

### 3. ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía, en audiencia celebrada el 28 de octubre de 2016 ante el Juzgado 22 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, le imputó a Jenny Marcela Orozco Gómez el delito de hurto calificado agravado en concurso con falsedad en documento privado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 239, inc.1, 240 numeral 4°, 241 numerales 2° y 10°, artículo 29, en la modalidad de delito continuado y la agravación del artículo 267, así como el artículo 289 del Código Penal. La imputada se allanó a los cargos atribuidos, debiendo precisarse que dentro de la misma actuación procesal se formuló imputación en contra de Ivonne Shirley Orozco Gómez, Diana Carolina Zuluaga Lopera, Edwin Hernando Zuluaga Lopera, Yolanda del Socorro Arroyave Correa y Cindy Yamith Cardona Monsalve.

El 14 de julio de 2017, el Juez 16 Penal del Circuito de Medellín decretó la nulidad del allanamiento a cargos realizado por Jenny Marcela Orozco Gómez y dispuso la ruptura de la unidad procesal respecto de los demás imputados, decisión que fue revocada por esta Sala de Decisión el 14 de agosto de 2017, ordenándose dar continuidad a los trámites propios de la aceptación de cargos.

En audiencia celebrada el 31 de octubre de 2017, el juez de conocimiento decidió no aceptar el allanamiento a cargos realizado por la imputada, al no acreditarse el pago de al menos el 50% del incremento patrimonial, siendo confirmada dicha determinación por esta Sala de Decisión, mediante auto

del 5 de febrero de 2018; motivo por el cual, el 22 de agosto de 2018, la Fiscalía formuló acusación en contra de Jenny Marcela Orozco Gómez por los delitos objeto de imputación.

Luego de varios aplazamientos, la audiencia preparatoria logró iniciarse el 20 de noviembre de 2019 y continuó el 16 de febrero y el 18 de julio de 2022, fecha última en que fue variado el objeto de la diligencia por el de verificación de preacuerdo ante el anuncio que al respecto hicieron las partes (archivo 037 del cuaderno principal - acusación directa, a partir del minuto 15:50, más precisamente 22:03).

El preacuerdo presentado consistió en que la señora Jenny Marcela Orozco Gómez, asesorada por su defensor, acepta los cargos formulados en la acusación a título de autora y como contraprestación a la aceptación de responsabilidad, se variaría el modo de participación de autoría a complicidad para fines punitivos como único beneficio, dejándose a consideración del juez de conocimiento lo concerniente a la tasación de la pena. El delegado del Ministerio Público hizo una observación respecto a la prescripción del delito de falsedad en documento privado y solicitó que no se aprobara el preacuerdo por no haberse presentado el reintegro de lo apropiado.

En audiencia del 8 de noviembre de 2022, la Fiscalía manifestó que se readecuaría el preacuerdo atendiendo a que el delito de falsedad en documento privado se encontraba prescrito, por lo que se retiraba dicho cargo. Por su lado, la representante de la víctima expresó que, con el pago efectuado

por la procesada y la carta de arrepentimiento presentada, la entidad se consideraba resarcida. El juez de conocimiento, al considerar reunidos los requisitos para ello, decidió aprobar el preacuerdo y emitió sentido de fallo condenatorio por la conducta punible contra el patrimonio económico, advirtiendo que, conforme con lo previsto en el artículo 450 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la acusada continuaría en libertad hasta que se resuelva lo pertinente en la sentencia.

En la misma fecha se inició la audiencia de individualización de la pena, la que continuó el 24 de marzo de 2023, fecha en que el juez de primer grado decretó la preclusión del delito de falsedad en documento privado ante la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal. La defensa aportó copia del recibo de pago efectuado por su defendida a Bancolombia por la suma de 60 millones de pesos, que fue aceptada por la entidad dándose por indemnizada de manera integral, por lo que solicitó la rebaja de pena por indemnización de que trata el artículo 269 del Código Penal y la consecuente libertad condicional al considerar que se cumplirían los requisitos para su otorgamiento o, en su defecto, la prisión domiciliaria.

La lectura de la sentencia se llevó a cabo el 30 de marzo de 2023 y contra ella interpuso el recurso de apelación la defensa, la procesada y el delegado del Ministerio Público, interviniente este último que, posteriormente, presentó desistimiento de la apelación, el que fue aceptado por el juez de conocimiento, mediante auto del 21 de abril de 2023. Por

su lado, el defensor y la acusada sustentaron por escrito el recurso, dentro del término legal.

#### 4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En virtud del preacuerdo celebrado, el que estimó acorde a la legalidad, y previa verificación del correspondiente mínimo probatorio, el juez de primera instancia condenó a Jenny Marcela Orozco Gómez como penalmente responsable de la conducta de hurto calificado agravado, conforme con lo dispuesto en los artículos 239, 240 numeral 4°, 241 numerales 2° y 10°, 267 y 31 del Código Penal, declarando válida la aceptación de cargos realizada en el marco del preacuerdo en el que a cambio se le concedió la condición de cómplice para efectos punitivos, imponiéndole una pena de 6 años y 4 meses de prisión, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Además, negó los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, al estimar que no se reúnen los requisitos objetivos para su concesión, por lo que ordenó expedir orden de captura en contra de la acusada, advirtiéndole que el tiempo que ha permanecido en detención preventiva se le tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena.

Para tasar la sanción, el juez se movió dentro del cuarto mínimo que estableció entre 16 a 24 años de prisión, en vista de que el hurto se cometió en la modalidad de continuado y bajo la circunstancia de agravación contenida en el artículo

267 del Código Penal; dentro de este rango impuso la pena de 19 años de prisión atendiendo al conjunto de conductas desplegadas, la cantidad de personas que se involucraron con la ilicitud y el daño creado a la entidad financiera. A la pena así fijada le hizo la rebaja de una tercera parte, en virtud del preacuerdo, toda vez que las partes no hicieron manifestaciones sobre este tema y por el momento procesal en que se realizó el acuerdo, esto es, en la audiencia preparatoria, conforme con lo establecido en el artículo 352 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal, quedando una sanción de 12 años y 8 meses de prisión.

Teniendo en cuenta la consignación realizada a favor de Bancolombia el pasado 23 de marzo por valor de \$60.000.000 y que fue confirmada por la representante de víctimas de la entidad bancaria, quien indicó que Bancolombia se daba por indemnizada de manera integral, determinó que procedía la rebaja por reparación establecida en el artículo 269 del Código de Procedimiento; sin embargo, al considerar que no se reintegró íntegramente el dinero apropiado, concedió una rebaja del 50%, por lo que finalmente se impuso la pena de 6 años y 4 meses de prisión.

## 5. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

5.1. La defensa de Jenny Marcela Orozco Gómez sustentó su inconformidad planteando inicialmente que, ante el efecto suspensivo en que se concede la apelación, el juez de primera instancia pierde competencia hasta tanto se resuelva el recurso, por lo que no tendría facultades legales para

disponer la expedición de orden de captura pues, de lo contrario, implicaría que la sentencia en pleno debería ser ejecutada, lo que implicaría, por ejemplo, la cancelación de registros que se hubieren ordenado en primera instancia, cuando, eventualmente, podría ser revocada la decisión y no habría forma de reivindicar el yerro cometido.

En ese sentido, considera que de la lectura del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal se concluye que la ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia se lleva a cabo cuando esté ejecutoriada y una reglamentación que avale que una persona sea encarcelada sin decisión judicial en firme transgrede la norma rectora de la presunción de inocencia.

Igualmente, critica la tasación de la pena efectuada por el juez de primer grado, alegando que no comparte el que se haya aumentado el mínimo de la pena en 3 años más, cuando ya es bastante alto al partir de 16 años y con solo manifestar que se hacía teniendo en cuenta el conjunto de conductas desplegadas, la cantidad de personas que involucró la ilicitud y el daño creado a la entidad financiera, lo que resulta contradictorio atendiendo a que el juez manifestó que no accedería a la solicitud de imponer el máximo del cuarto mínimo por cuanto el daño causado y la intensidad del dolo eran circunstancias que ya habían sido tenidas en cuenta en la tipificación del delito; además, que si se trataba de las conductas desplegadas, estas fueron reprimidas con la aplicación del párrafo único del artículo 31 del Código Penal, referente al delito continuado.

En cuanto al criterio utilizado del número de personas afectadas, alega que es un aspecto que no corresponde a la realidad jurídica que se trató en el proceso y en lo referente al daño creado a la entidad financiera, aduce que este no fue demostrado e incluso se desconoce si el daño le fue pagado por las reaseguradoras. Por tanto, solicita se parta del mínimo de la pena a imponer.

Se queja ante el reconocimiento de una tercera parte de la pena en virtud del preacuerdo puesto que, si bien no se pactó con la Fiscalía el monto de la rebaja, lo cierto es que se optó porque la tasación de la pena se hiciera conforme a la dispuesta para el cómplice, como ficción, esto es, que la rebaja se disminuiría de una sexta parte a la mitad, debiendo fijarse esta última como lo solicitó inicialmente. Sostiene que su representada no aceptó de manera unilateral los cargos, por lo que no tiene aplicación la proporción de la rebaja según el estadio procesal en que se encuentre la actuación, pues se trató de un preacuerdo celebrado una vez superado el obstáculo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, pide que se conceda la rebaja de la mitad de la pena por este aspecto, teniendo en cuenta la sentencia SP3883-2022 del 26 de octubre de 2022 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Considera desacertada la decisión del juez de primer grado de conceder solo el 50% de rebaja de pena por la reparación de perjuicios de que trata el artículo 269 del Código Penal, bajo el argumento de que no se reintegró integralmente el dinero apropiado. Al respecto, indica que la

víctima es autónoma en la tasación de perjuicios y que, conforme con el inciso final del artículo 42 de la Ley 600 de 2000, la reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado, lo cual ocurre desde la misma perspectiva del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 y que se admite respecto a la aplicación del artículo 269 del Código Penal.

Es así que, afirma, en este caso Bancolombia, como víctima, tenía la facultad y libertad de tasar no solo el valor a restituir de manera mixta como ocurrió en este evento que se hizo en dinero y con una carta de arrepentimiento, sino también el valor de los perjuicios, por lo que no le asiste razón al juez de que no se devolvió la totalidad de los perjuicios, además que su cliente y su familia realizaron grandes esfuerzos para pagar de manera inmediata el valor tasado por Bancolombia.

Frente a la negativa de subrogados o sustitutos, estima que sí se cumple el requisito objetivo frente a la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 del Código Penal, tomando como base la norma vigente para el momento de la comisión de la conducta punible, sin que el juez argumentara sobre ese aspecto, por lo que pide que se revoque la decisión en ese sentido. Así mismo, arguye que se cumplirían los requisitos del artículo 38G del Código Penal para el otorgamiento de la prisión domiciliaria, teniendo en cuenta que está acreditado el arraigo de la acusada, que el delito no

se encuentra dentro los excluidos por la norma y su cliente ya ha purgado más de 35 meses de prisión, sin contar con redenciones de pena, por lo que tendría derecho a este sustituto, incluso a acceder a la libertad condicional en el evento de rebajarse la pena impuesta, conforme con lo sustentado.

5.2. La acusada Jenny Marcela Orozco Gómez se queja porque, en su sentir, al momento de individualizar la pena, el fallador no tuvo en cuenta que no se encontraba frente a una aceptación de cargos para rebajar solo la tercera parte por haberse efectuado en la audiencia preparatoria, sino que se trataba de un preacuerdo y que, en virtud de este, se había reconocido como ficción jurídica la complicidad; sin embargo, resultó condenada como autora, sin conceder la rebaja de la sexta parte a la mitad para el cómplice, equivocándose al emplear el sistema de cuartos en tanto este no aplica en materia de preacuerdos como lo señala el inciso final del artículo 60 del Código Penal.

Se queja por cuanto se le negó uno de sus beneficios al no ser considerada madre cabeza de familia cuando lo cierto es que tiene una hija menor de edad que depende económicamente de ella, así como requiere del acompañamiento emocional y de su proceso de crianza ante la ausencia total del padre.

Sostiene que debió realizar mayores esfuerzos para obtener el valor acordado con Bancolombia como indemnización integral buscando un mejor beneficio en la

pena. Así mismo, considera que, de hacerse la debida tasación de la pena, esta quedaría finalmente en 4 años de prisión, cumpliendo así con el requisito objetivo para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

## 6. LAS CONSIDERACIONES

Atendiendo a que no se perciben causas de nulidad y que se goza de competencia para conocer en segunda instancia el asunto que termina en virtud de un preacuerdo, se empezará por verificar si a los apelantes les asiste interés jurídico protegido en las diversas censuras que esgrimen, pues sabido es que acorde con lo dispuesto en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, desde que se aprueba el preacuerdo se torna irrevocable.

Las censuras que se edifican en contra de lo resuelto en primera instancia pueden ser sintetizadas así: (i) por emitir orden de captura de inmediato; (ii) por la tasación de la pena que se había diferido al criterio de la juez, que empleó el sistema de cuartos de movilidad punitiva; (iii) por el porcentaje del descuento por el preacuerdo que no fue fijado por las partes; (iv) por el porcentaje de descuento punitivo en razón de la reparación conforme al artículo 269 del Código Penal; (v) por la negativa de conceder sustitutos penales como la prisión domiciliaria que regula el artículo 38 del Código Penal y la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, así como la que refiere el artículo 38G del mismo código y también porque, de disminuirse la pena, procedería el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por lo que se percibe, a primera vista y *grosso modo*, no se encuentra que los apelantes se estén retractando de los cargos aceptados, sino que cuestionan la fijación de sus consecuencias, asunto que están habilitados a impugnar en tanto no fueron objeto del acuerdo.

Por consiguiente, como media una mínima sustentación adecuada, así algunos cargos no se edifiquen dialécticamente de cara a los fundamentos del fallador, la Sala proveerá de fondo y para ello empezará a examinar las censuras en el orden lógico que les corresponde, esto es, primero por la fijación de la pena, incluyendo los cuestionamientos por los descuentos dados, la procedencia de subrogados o sustitutos y, por último, lo concerniente a si procede mantener en pie la orden de captura mientras adquiere ejecutoria la sentencia.

Para resolver el asunto ha de partirse del postulado de que los preacuerdos no solo obligan a las partes, sino también al juez, según advierte el inciso 4° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, siempre que no se afecten las garantías fundamentales, aspecto este último que no es objeto de discusión en esta sede, ni la Sala oficiosamente percibe lo contrario.

Pues bien, según los términos del acuerdo, la procesada Jenny Marcela Orozco Gómez aceptó los cargos como autora de las infracciones al orden penal que se le atribuyó desde la acusación, esto es, hurto calificado agravado descrito en los artículos 239 inciso 1°, 240 numeral 4°, 241 numerales 2° y 10°, y 29, en la modalidad de delito continuado, así como la

agravación del artículo 267 del Código Penal, y recibe a cambio, como único beneficio, que se le tase la pena como si fuese cómplice, monto de la rebaja que no fue fijada por las partes, sino que quedó a criterio del juez.

El sentido natural y obvio de esta delegación de la tasación de la pena, que no pudieron o quisieron acordar las partes, es que el juez imponga la pena conforme al derecho, por lo cual no se puede interpretar que se haya habilitado al capricho o a la arbitrariedad del juzgador para hacerlo, pero sí a su discrecionalidad reglada que opera cuando se ejerce una potestad, así sea judicial, en un Estado de derecho.

En consecuencia, en un primer momento deberá la Sala determinar si el procedimiento para la fijación de la pena llevado a cabo por el funcionario judicial fue ajustado a lo que impone el derecho.

6.1. El descuento fijado con base en el referente de la complicidad supuesta fue de una tercera parte de la pena, el cual se encuentra dentro del rango posible que la ley concede cuando se trata de reprimir la complicidad en la comisión del delito, que fue el rasero acordado para imponerla.

En efecto, el artículo 30 del Código Penal establece que la sanción para el cómplice será la correspondiente a la infracción del tipo penal como autor “*disminuida de una sexta parte a la mitad*”, rango dentro del cual se encuentra una tercera parte, causa por la cual no será modificable el

porcentaje determinado por el juez, cuando menos por esta razón.

Pretende el apelante que el descuento se fije en la mitad con base en que no se trata de un allanamiento a cargos en los que sí opera el descuento según el momento procesal en el que se hace, sino de un preacuerdo; además, pretende encontrar apoyo en una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (SP3883-2022), sin citarla ni hacer una expresa referencia a qué doctrina de ella utiliza en su favor en la alegación.

Pues bien, en el precedente citado nada favorece a la causa del apelante por cuanto se trata de un problema jurídico diferente que versa sobre el alcance del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, así como alude a que son los allanamientos a cargos, y no los preacuerdos, los que están sometidos al monto de descuento decreciente que señala la ley de acuerdo al momento procesal en que se haga, siendo un asunto que, según el estado actual de la jurisprudencia al respecto, depende de la modalidad que asuman estos.

Así, no quedan atados a las cantidades fijadas proporcionalmente con el momento de su realización los preacuerdos con base fáctica que respalde la compensación otorgada en términos de variación de la calificación jurídica; pero este no es el caso, toda vez que la modalidad a la que se acudió es sin base fáctica que soporte el descuento, lo que suele denominarse ficción, práctica avalada por la sentencia

52.227 de 2020<sup>1</sup>, de nuestro máximo órgano judicial de la jurisdicción ordinaria del área penal.

Dado que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de algún modo acogió la razón de la decisión de la sentencia SU-479 de la Corte Constitucional, que entendemos se puede reconducir a la vigencia del principio de la proscripción de lo arbitrario en un Estado de derecho, exigió un juicio de proporcionalidad<sup>2</sup> entre los cargos imputados y la compensación punitiva que se concede, como si el justiciable hubiera actuado en una situación menos gravosa, acudiendo al criterio del momento procesal en el que se hace, con miras a no afectar el prestigio de la administración de justicia y para que rijan los postulados constitucionales de la adscripción del instituto de las negociaciones a la legalidad, esto es, para que corresponda a la órbita de discrecionalidad de la Fiscalía, mas no a su arbitrariedad.

Entonces, por la vía de la proscripción de la arbitrariedad, se exige cierta correspondencia con el momento en que se hace el preacuerdo, sin que pueda desconocerse que en el caso se estaba en la audiencia preparatoria, de modo que el descuento de una tercera parte se ajusta a lo correcto,

---

<sup>1</sup> *“Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena”.*

<sup>2</sup> *Esta misma Sala ha agregado motivos de razonabilidad para otorgar una mayor compensación por el preacuerdo como ocurre cuando pudiendo hacerse la variación de la calificación jurídica con base fáctica se dice hacer como ficción (Auto del 24 de junio de 2021 dentro del radicado 05-00-160-00-206-2020-12548) o cuando la generosa compensación responde a las dificultades probatorias de la Fiscalía que objetivamente se perciben en la actuación, ( Auto del 19 de mayo de 2021 dentro del radicado 05-001-60-00-206-2020-19532.)*

puesto que, adicionalmente, no vemos algún otro motivo que justifique un mayor descuento.

6.2. En cuanto al incremento de la pena sobre su rango mínimo, se tiene que el apelante no está de acuerdo porque operaría la causal de menor punibilidad establecida en el numeral 6° del artículo 55 del Código Penal, es decir, *“reparar voluntariamente el daño aunque no sea en forma total”*; igualmente, porque en la fundamentación del aumento se habrían empleado circunstancias tenidas en cuenta en la tipificación de la conducta punible, como ocurriría con el daño causado, además de que no existió daño a la entidad financiera, mientras que el conjunto de conductas desplegadas estaría recogida en la represión del delito continuado; y también porque se consideró el número de personas que se involucraron en la comisión de la conducta, pues se supone que la acusada era la cabecilla de un concierto, lo que no correspondería con los hechos atribuidos dentro del proceso.

Al valorarse las censuras se encuentra que la circunstancia de menor punibilidad instituida en el numeral 6° del artículo 58 del Código Penal no aplica en el caso, en virtud de que esta misma norma la condiciona a que *“no hayan sido previstas de otra manera”*, mientras que en el caso concreto se otorgó rebaja de pena por la reparación integral, por lo cual, es de precisar que, si ya se reconoció un descuento punitivo por hacer menos nocivas las consecuencias del delito, no cabe tener en cuenta este mismo aspecto al momento de tasar la pena.

A esta altura del discurso se hace necesario responder explícitamente a la procesada que cuestiona la aplicación de los cuartos de movilidad punitiva porque medió un preacuerdo, en el sentido de que, como ya se había dicho, al haberse diferido la fijación de la pena al criterio del juez, este no tiene otra forma de proceder, sino siguiendo la ley, por lo cual ha de remitirse al texto del artículo 3 de la Ley 890 de 2004 que adicionó un inciso al artículo 61 del Código Penal y literalmente establece que: *“El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se ha llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa”*, pero cuyo correcto entendimiento, conforme con la teleología de la norma y del sistema normativo del que hace parte, se entiende que ello solo es así, cuando se pacta la pena. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto AP2570-2020 del 30 de septiembre de 2020, Radicación No. 51471, M. P. Hugo Quintero Bernate, determinó lo siguiente:

“Respecto de la ilegalidad del preacuerdo, la Sala evidencia un argumento ilógico puesto que, los aspectos no consensuados expresamente entre el Fiscal y el inculcado, no se entienden tácitamente eliminados como consecuencia de la aceptación de la responsabilidad penal, ni su omisión lleva al fracaso del preacuerdo. Tampoco es como se pretende dar a entender que en toda negociación al juez le está prohibido imponer las penas cuando estas no han sido negociadas o incluidas en el preacuerdo.

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.<sup>3</sup>*

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.

En el asunto bajo examen, de manera expresa se indicó por la Fiscalía, y así lo admitió el acusado, con la asesoría y aval de un defensor distinto de la ahora impugnante, que el único beneficio por la aceptación de culpabilidad era la modificación de la forma de participación en la realización de la conducta, degradada a la complicidad, a fin de que las penas se fijaran conforme a las previstas para esa modalidad, por consiguiente, no le quedaba de otra al fallador de aplicar el sistema de cuartos como base para la dosificación punitiva.”

Así las cosas, con miras a establecer si el juez consideró dos veces los mismos motivos para, de un lado, incrementar los límites objetivos de la fijación de la pena y, de otro, para fijarla dentro del cuarto de movilidad establecido, debemos reparar con precisión en su fundamentación, la que hizo

---

<sup>3</sup> 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.

dentro del cuarto mínimo de movilidad punitiva, que estableció en el mínimo de 16 a 24 años<sup>4</sup>, así:

“...no accederá a la solicitud de la señora fiscal, de que se imponga el máximo de la pena por la gravedad de la conducta, el daño causado y la intensidad del dolo, toda vez que esas circunstancias ya fueron tenidas en cuenta en la tipificación de la conducta punible; de hecho por eso se habla de las agravantes de los artículos 240-1; 241-1,2; 267 y, 31, parágrafo único del CP., pero tampoco accederá a lo solicitado por el defensor de que se aplique el extremo mínimo, teniendo en cuenta el conjunto de conductas desplegadas, la cantidad de personas que involucró con su ilicitud y al daño creado a la entidad financiera, por tanto, la pena se fijara (sic) en 19 AÑOS DE PRISIÓN.”

A simple vista se percibe que existe contradicción en la motivación, puesto que, si bien advirtió el juez que no estimaría el daño causado porque sería un aspecto de la tipicidad la conducta, luego, sin mayor especificación, vuelve a considerarlo para incrementar la pena por el daño creado a la entidad financiera.

En cambio, los motivos que expone el apelante no resultan admisibles para los efectos que pretende, puesto que no es cierto que con la represión del delito continuado se haya considerado el conjunto de conductas desplegadas atendiendo a que este aspecto se utilizó para establecer el marco de movilidad punitiva, el cual varía con independencia de que se trate de un hurto continuado conformado por dos apropiaciones o por una alta pluralidad

---

<sup>4</sup> El juez incurrió en el yerro de estimar el máximo de la pena en 48 años, cuando era de 49 años, lo que ampliaría un poco el ámbito de movilidad punitiva señalado; sin embargo, tal yerro no será corregido por razón de la prohibición de reformar en peor las decisiones que favorecen al procesado cuando es apelante único.

de las mismas diferidas en el tiempo, como en este caso lo hizo la procesada.

Igualmente, el juez podía considerar que en el accionar delictivo se contó con la participación de varias personas y ello no deriva de que exista o no concierto para delinquir, ni el juez se está apoyando en que la sentenciada sea líder de una organización delictiva, solo evalúa el aspecto fáctico en su justa dimensión.

Aún más, el juez indebidamente conceptuó que la intensidad del dolo estaba incluida en la verificación de la tipicidad cuando realmente es el dolo puro y simple el que apenas se considera para esos efectos, pero tal yerro no puede ser enmendado, como tampoco el de la contradictoria modificación, causa por la cual, la Sala disminuirá de los 3 años aumentados al mínimo y que fueron soportados en tres aspectos, 1 año de prisión, ante la supresión de una de las premisas que sirvió como sustento en la imposición de la sanción, por lo que el cálculo de la pena será sobre la base de 18 años de prisión.

Entonces, sobre esa base se hará el descuento de una tercera parte por la terminación anticipada del proceso, debiendo ajustarse la contabilización de la pena a 12 años.

En cuanto al descuento por reparación integral debe percibirse que el juez trabaja con un rasero máximo al hacer el menor descuento posible, y su soporte ofrece la inconsistencia de estimar que la reparación no se dio, lo

que, entiende la Sala por forzosa caridad, se está refiriendo a que la entidad afectada se vio obligada a efectuar quitas del monto realmente adeudado, lo que alude también al proceso de negociación tardía en tanto se da cuenta de que se hizo el 23 de marzo del presente año, cuando la infracción data desde los años 2007 y 2008, aspecto que, si bien no se dice en el acápite correspondiente, se encuentra en la providencia, ya que la forma no puede imponerse sobre lo sustancial; con todo, la Sala accederá a no trabajar con máximos y fijará el descuento en un 55%, por lo que a los 12 años establecidos se descontará esa proporción, quedando la pena en 5 años, 4 meses y 24 días de prisión.

Fijada la sanción, se descarta de entrada que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena por cuanto se supera el límite punitivo de 4 años de prisión que demanda el artículo 63 del Código Penal, igualmente no cabe reconocer la prisión domiciliaria bajo su regulación ordinaria porque el mínimo de la pena de la infracción por la que se procede supera los 8 años de prisión, mientras que la prisión domiciliaria que establece el artículo 38G ídem, para la cual habría base objetiva de procedencia, no debe ser reconocida mientras no conste el arraigo de la acusada.

En el caso se tiene que se libró orden de captura efectivamente, tal como consta en el expediente digital<sup>5</sup> en el que aparece que la orden de captura fue remitida a la policía judicial SIJIN MEVAL y en ella se anota la dirección

---

<sup>5</sup> Archivos 056 y 057 del Cuaderno 02 Principal (acusación directa).

de residencia de la procesada, sin que se vea satisfecha en tanto no se ha puesto a disposición, causa por la cual el Tribunal estima que su arraigo no se encuentra establecido, razón suficiente para denegar, por ahora, la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 G.

Ahora bien, la otra posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria se fundamentaría en la calidad de madre cabeza de familia; pero es de observar que dicha solicitud no se ventiló en primera instancia, por lo que se trata de un medio o asunto nuevo, en el que, además de no contar con prueba para examinar su procedencia, tampoco se ha agotado una primera instancia, la que debió surtirse para que el Tribunal pudiera examinarla; eventualidad que ya quedaría sujeta a trámite ante el juez que deba vigilar la ejecución de la pena.

Por último, frente a la libertad condicional que también se pretende, habrá de considerarse que bajo la regulación actual la sentenciada no demuestra arraigo social y familiar, y en cuanto a la regulación pasada que no exigía la demostración de este requisito, debe cumplirse con las 2/3 partes de la pena que asciende a más de 41 meses, los que la Sala no observa descontados.

El otorgamiento de la libertad condicional es competencia del juez de ejecución de penas, pero cuando el juez de conocimiento percibe su eventual procedencia así debe advertirlo para no hacer efectiva las medidas privativas de la libertad hasta que el juez competente

decida, por lo que operaría más bien como una causa de excarcelación por pena cumplida considerando la procedencia del subrogado, del que conviene aclarar de una vez que el Tribunal, actuando como juez de conocimiento, no entiende que la valoración de la conducta punible inhiba de concederla; sin embargo, al no cumplirse sus presupuestos dado que no opera ley tertia<sup>6</sup>, por ahora, no será reconocida.

La Sala mantendrá en pie la orden de captura dada en primera instancia por cuanto se requiere la comparecencia de la misma para la ejecución del resto de la pena a que haya lugar, situación que demarca que sea necesaria y ello es dable pese a que no se haya ejecutoriado la sentencia por cuanto, en principio, las órdenes referentes a la libertad (tanto para ordenarla o privarla) se cumplen de inmediato como se colige del mismo texto del artículo 450 de la Ley 906 de 2004<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre esta precisa temática, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del SP714-2022 del 9 de marzo de 2022, Radicación 53625, con ponencia de la magistrada Myriam Ávila Roldán, advirtió:

“La jurisprudencia de la Sala, sin embargo, ha excluido, en supuestos como el presente, la creación de una tercera ley. Ha considerado que ello es labor propia del legislador y que, hacerlo, implicaría una combinación que desnaturalizaría la figura del beneficio o subrogado, terminaría contrariando su finalidad y desconocería el principio de igualdad (CSJ SP2998-2014, rad. 42623)<sup>6</sup>. Ha precisado que, en algunas ocasiones excepcionales, la llamada *lex tertia* puede operar (CSJ SP, 3 sep. 2001,16837), pero siempre que los preceptos confrontados remitan a institutos, subrogados o sanciones diferentes, y no en los casos en que se busca aplicar un beneficio concreto a partir de tomar en consideración elementos disonantes de las diferentes normatividades en juego.<sup>6</sup>”

<sup>7</sup> **ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD.** Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librándola inmediatamente la orden de encarcelamiento.

Las reflexiones que hace la defensa sobre una visión sistemática que impondría que, antes de la ejecutoria no podría cumplirse el fallo, desconoce que pertenece a la órbita de la libertad del legislador disponer el cumplimiento anticipado de algunos aspectos, lo que en el caso de la privación de la libertad es razonable. Es así como se faculta al juez para que disponga que el acusado continúe en libertad con el objeto de no prolongar innecesariamente la privación de este derecho y, a la vez, establece que el sentenciador ordene el encarcelamiento para evitar la fuga, por lo cual dicha disposición es razonable y no contraría postulados constitucionales, o por lo menos, no se percibe que así ocurra.

En consecuencia, la sentencia recurrida será confirmada con la sola modificación de que se reducirá la pena que deberá descontar la sentenciada para fijarla en 5 años, 4 meses y 24 días de prisión, lapso al que decrece la sanción accesoria de interdicción de derechos y obligaciones; en lo restante regirá la sentencia apelada.

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

#### R E S U E L V E

Modificar la sentencia condenatoria proferida en contra de Jenny Marcela Orozco Gómez, para establecer que la pena que debe descontar será de cinco (5) años, cuatro (4) meses y

veinticuatro (24) días de prisión por el delito de hurto calificado agravado y continuado del que fue acusada. A igual lapso se disminuye la sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas. En lo restante rige el fallo recurrido.

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 cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO  
MAGISTRADO