



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2022-15369
Procesados: Yeferson Alexander Muñoz
Wilder Posada Grajales
Delito: Hurto calificado agravado
Asunto: Apelación de sentencia con preacuerdo
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 043

Medellín, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

1. EL ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la víctima en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2023 por el Juzgado 33 Penal Municipal de Medellín que, vía preacuerdo, condenó a los señores Yeferson Alexander Muñoz y Wilder Posada Grajales como coautores del delito de hurto calificado agravado.

2. ANTECEDENTES

2.1. El Hecho

Según la acusación consistió en lo siguiente:

Radicado: 05-001-60-00206-2022-15369
Procesados: Yeferson Alexander Muñoz
Wilder Posada Grajales
Delito: Hurto calificado agravado

“El día 9 de julio de 2022, a eso de las 20:00 horas de la noche, salieron de Expo Ferias en Plaza Mayor el señor Juan Camilo Murcia Benjumea acompañado de su esposa Luisa Alferez y sus dos hijas y tomaron la vía Las Palmas en un taxi que los llevó al hotel “Eco Hub” ubicado en El Poblado; apenas llegaron al hotel son abordados inmediatamente por la ventanilla del taxi, por un individuo que llevaba un casco puesto y portaba un arma de fuego en su mano¹, y a la víctima que se hallaba sentado junto al chofer le exigió la entrega de la cadena de oro que llevaba en su cuello al tiempo que le asestaba dos cachazos en la cabeza con el arma de fuego, exigiéndole también la entrega de un bolso tipo canguro y de un reloj de pulso. En ese momento la víctima empieza a gritar y a pedir auxilio y entonces aparece otro individuo que se desplazaba en una motocicleta y metió la mano por la ventana del conductor y le arrancó la cadena de su cuello, logrando también rasgar la camiseta de la víctima para finalmente emprender la huida del sitio de los acontecimientos.

Minutos más tarde, tuvo conocimiento de que, a raíz de los llamados de auxilio de los ciudadanos que se encontraban en el lugar, los sujetos involucrados en el hurto de las pertenencias de la víctima fueron capturados por la policía y se encontraban privados de la libertad en la Estación de Policía de El Poblado, sitio al que se dirigió la víctima y estando allí los reconoció, al igual que la motocicleta en la que estos se desplazaban al momento de la comisión de los hechos.

Señala la víctima que el individuo de estatura media, de cabello ondulado, con una mancha en la cara, piel morena y vestido de ropa oscura, era la persona que portaba el arma de fuego y con ella le asestó dos cachazos en la cabeza.

Tasó la víctima el valor de lo hurtado en la suma de \$14.000.000 y los daños y perjuicios en la suma de \$150.000 que cuesta la soldadura de la cadena, ya que fue reventada al momento del despojo.

Igualmente, la motocicleta Yamaha YBR 125, modelo 2012, color rojo y negro, de placas OUL 14C, se legalizó su incautación con fines de comiso, la cual le fuera incautada a los acusados.”

¹ Es de advertir que, con posterioridad, la Fiscalía manifestó que, con base en el análisis balístico realizado a la misma, en realidad se trata de un arma traumática y no de fuego.

2.2. El Trámite Procesal

En audiencia celebrada el 10 de julio de 2022, ante el Juzgado 11 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación en contra de Yeferson Alexander Muñoz y Wilder Posada Grajales, como coautores del delito de hurto calificado por cometerse con violencia sobre las personas, doblemente agravado por haberse cometido por dos o más personas y en medio de un transporte público (artículos 239, 240 inciso 2° y 241 numerales 10° y 11° del Código Penal), cargos a los que no se allanaron los imputados, a quienes se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El 13 de septiembre de 2022, cuando se procedía a instalar la audiencia de acusación ante el Juzgado 33 Penal Municipal de Medellín, la defensora de los procesados solicitó el aplazamiento debido a que sus asistidos estaban interesados en aceptar los cargos y era su deseo negociar con el fiscal para efectos de un preacuerdo realizando el pago de perjuicios a la víctima, solicitud a la que accedió la juez de primer grado.

En audiencia del 28 de octubre de 2022, la defensa planteó que se presentaría un preacuerdo, pero que inicialmente deberían cancelarse los perjuicios a la víctima, los que fueron tasados por esta última en la misma audiencia por la suma de \$1.690.000, los que discriminó indicando que correspondía a los valores del transporte, de la camiseta que fue rasgada, de un eslabón que se le perdió a la cadena hurtada y el día laboral o tiempo perdido. La defensa de los procesados solicitó se

concediera un plazo de dos meses para el pago de los perjuicios, atendiendo a las precarias situaciones económicas de sus defendidos y que los familiares de estos pidieron que se les otorgara este plazo para reunir el dinero, por este motivo fue aplazada la audiencia.

El 29 de diciembre de 2022 se instaló la audiencia cuyo objeto fue variado por la presentación y verificación del preacuerdo realizado entre las partes, el cual consistió en que, a cambio de aceptar la responsabilidad penal por los cargos tal cual fueron imputados por la Fiscalía, a los procesados se les variaría, como ficción legal, el grado de participación de coautoría al de complicidad, lo que arrojaría una pena mínima de 72 meses y que al repararse los perjuicios ocasionados, que conlleva una rebaja de hasta una tercera parte de la sanción, se pactaría una pena de 18 meses de prisión. La víctima manifestó que, efectivamente, había sido indemnizada al hacérsele la consignación de \$1.690.000 y que esto habría ocurrido aproximadamente 10 días atrás.

La juez de conocimiento dio aprobación al preacuerdo presentado al considerar que reunía los requisitos para ello, advirtiendo que contra dicha decisión no procedían recursos al entenderse como la emisión de sentido del fallo de carácter condenatorio, por lo que se dio inicio a la audiencia el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, en la cual, el apoderado de la víctima solicitó se tuviera en cuenta lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 1 de octubre de 2012, radicado 38903, en cuanto al respeto de los porcentajes de rebaja de pena

establecidos en el párrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal para los casos de flagrancia, esto es, una rebaja de hasta un 12,5%; así mismo, respecto a la rebaja de pena por reparación de perjuicios a que alude el artículo 269 del Código Penal, solicitó que se tuviera en cuenta el interés mostrado por los acusados en realizar pronta o lejanamente el pago parcial o total de la indemnización.

La lectura de la sentencia se hizo el 7 de marzo de 2023 y contra ella el representante de la víctima interpuso el recurso de apelación, el que sustentó por escrito dentro del término legal.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con base en el preacuerdo presentado y una vez verificado el mínimo probatorio, la juez de conocimiento condenó a Yeferson Alexander Muñoz y a Wilder Posada Grajales como coautores del delito de hurto calificado agravado, imponiendo la pena pactada de 18 meses de prisión y por el mismo tiempo la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, negándole a los procesados la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición para su otorgamiento contenida en el artículo 68A del Código Penal para el delito por el que se procede.

De otro lado, ordenó el comiso definitivo de la motocicleta incautada, y advirtió que no habría lugar al trámite de incidente

de reparación integral por cuanto en la actuación se verificó el pago de los perjuicios a la víctima.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

4.1. El apoderado de la víctima sustenta su inconformidad alegando la vulneración al debido proceso en lo que respecta al preacuerdo presentado por las partes, ante la inaplicación del parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 que establece una rebaja de hasta un cuarto de la pena en los casos en que existe captura en flagrancia, como sucedió en este evento.

Cita como sustento la providencia de otro Tribunal emitida el 27 de agosto de 2022, dentro del proceso con radicado 2018-01137, con ponencia del Magistrado Alcibiades Vargas Bautista, acerca de los límites en la facultad de preacordar; así como la providencia del 20 de octubre de 2020, radicado 51478, y la sentencia con radicado 45736 de 2016, proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la necesidad de observar los límites de la rebaja de pena en los casos de flagrancia cuando se pretende negociar.

Por tanto, solicita se revoque la sentencia emitida en virtud de preacuerdo porque, en su sentir, no se corresponde con el daño causado a la víctima al no cumplirse las pautas trazadas para aprestigiar a la administración de justicia y produce desazón al no corresponder con la proporcionalidad del daño frente al beneficio concedido a los victimarios.

Agrega que, al momento de fijar la pena, no se tuvo en cuenta los antecedentes de los procesados, lo que es indicativo de que su actuar criminal ha sido una constante en su corta existencia y el riesgo de continuar cometiéndolo.

También se queja por cuanto la Fiscalía realizó la máxima rebaja de la pena de un 75% por indemnización y reparación del daño cuando, si bien a la víctima se le consignó una suma de dinero, esto no quiere decir que cubriera el perjuicio ocasionado con el delito, en el que habría que sumar la afectación de la esposa e hijas de Juan Camilo Murcia Benjumea.

Cita la sentencia de casación 51100 que evoca la providencia del 13 de noviembre de 2013, radicado 41464, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia referente a la facultad discrecional, mas no arbitraria, del juez para otorgar la rebaja en atención al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines de la disposición de velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas. Así las cosas, considera que ese tiempo e interés por parte de los procesados no se presenta en este caso y menos una indemnización porque no se recuperó el eslabón de la cadena hurtada ni se presentó una reparación por los daños ocasionados, incumpléndose lo establecido por el artículo 97 del Código Penal y acordando una rebaja desproporcional sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Agrega que se negó la posibilidad de acudir al incidente de reparación integral cuando la víctima en ningún momento estuvo de acuerdo con el monto de la reparación y menos con la desproporción punitiva.

Por tanto, solicita se revoque la sentencia recurrida y se emita una que le otorgue el tratamiento debido a los procesados, conforme con lo impugnado.

4.2. La Fiscalía, como no recurrente, advierte no estar de acuerdo con la pretensión del recurrente, toda vez que la degradación del grado de participación pactada en el preacuerdo se hizo con base en las directrices del artículo 30 inciso 2 del Código Penal, por lo que se reconoció la rebaja de la mitad de la pena a imponer y, por ende, no se vulneró el debido proceso.

Tampoco considera viable que se considere que la víctima no fue resarcida en debida forma de los perjuicios, puesto que estos fueron tasados precisamente por el afectado y si se estimaba que no era suficiente, se tiene que el apoderado de la víctima no se pronunció al respecto y coadyuvó el pago efectuado por los procesados, pues si no estaba de acuerdo debió hacérselo saber a la Fiscalía para proceder al nombramiento de un perito que avaluara el monto o no haber aceptado el pago para instaurar el incidente de reparación.

Con relación a los antecedentes penales de los procesados, dice que es el juez el que debe tenerlos en cuenta al tasar la pena, pero en este evento ello no ocurrió porque fue pactada.

3. CONSIDERACIONES

Inicialmente, deberá la Sala determinar si le asiste interés jurídico protegido al representante judicial de la víctima para interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, proferida en virtud de un preacuerdo en cuya aprobación habría tenido la oportunidad de intervenir, el cual fue sustentado de manera oportuna.

Lo anterior por cuanto este interviniente especial no está legitimado para cuestionar los diversos aspectos de una condena penal en todos los casos, en tanto los asuntos que censure deben estar directa y concretamente relacionados con los fines de su intervención procesal que se contraen a procurar la realización de sus derechos de reparación, verdad y justicia. A manera de ejemplo, si la apelación versara directamente sobre la tasación justa de la pena impuesta, es decir, la que se ha impuesto dentro de los rangos de la legalidad, ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que este sujeto procesal carece de interés para recurrir².

² Al respecto, en la sentencia del 30 de noviembre de 2011, Rad. 36901, M. P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, se indicó:

“(...) es claro que en aquellos asuntos en los que la investigación y juzgamiento de un delito termina - por la vía normal o anticipada- con sentencia condenatoria, la parte civil no siempre tiene interés para impugnarla, sobre todo si lo hace con el exclusivo propósito de que se irroque una sanción más gravosa y se niegue cualquier sustituto o subrogado al penado, pues los valores de verdad y justicia, no tienen relación intrínseca con el monto de pena o el modo de ejecución de la sentencia. En verdad, siempre que la adecuación típica sea la correcta y la sanción penal se determine discrecionalmente dentro de los límites punitivos y los criterios de individualización consagrados por el legislador, los fines superiores reseñados quedarán satisfechos con la declaración de responsabilidad penal del procesado por el juzgador y la imposición de la pena correspondiente.”

Al examinar los aspectos cuestionados, juzga la Sala que al apelante le asiste legitimidad procesal para recurrir porque no solo discute la baja cuantificación de la pena, sino además la legalidad y constitucionalidad del preacuerdo; dicho de otro modo, lo que se objeta es la procedencia del acuerdo, específicamente en lo concerniente a la concesión como contraprestación de la máxima rebaja de pena por aceptación de cargos sin atender a la regulación contemplada para los casos de captura en flagrancia, así como lo referente al reconocimiento de la máxima rebaja por indemnización de perjuicios y sus consecuencias, que en este evento se reflejan en la baja penalidad. En todo caso, no hay duda de que este interviniente podía impugnar lo resuelto respecto a la reparación de perjuicios efectuada por los procesados.

A lo dicho se le podría objetar que como la víctima no tiene capacidad de veto en los preacuerdos, esa restricción impondría que tampoco pudiera discutir o impugnar su procedencia; pero sobre el punto ha de hacerse notar que una cosa es que no tenga este interviniente la potestad de imponer condiciones en las negociaciones y allanamientos a cargos y otra diferente es que no pueda discutir si los mismos se ajustan a la ley o si estos violan sus garantías fundamentales, incluyendo los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Entonces, desde el punto de vista de la naturaleza de la reclamación, goza el impugnante de interés jurídico protegido para recurrir; pero, adicionalmente, se ha de verificar que haya cumplido con las cargas de alegación que impone la dinámica de adjudicación del derecho. Sobre esta precisa temática, la

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP3738-2021 del 25 de agosto de 2021, radicación No. 57905, M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, estableció lo siguiente:

“(…)

Ese interés que legitima a la víctima para recurrir la sentencia de primera instancia está vigente en el *sub exámine*, pues, no sólo es un interviniente debidamente reconocido en el proceso, sino que, con la sentencia se produjeron consecuencias adversas a sus demandas de justicia, dado que, *además* del beneficio otorgado por vía del preacuerdo celebrado entre las partes, se concedió una rebaja *adicional* como consecuencia del reconocimiento de una atenuante, de manera que la decisión impugnada le causó un agravio que impacta negativamente su deseo de que se haga justicia *en los términos por ella reclamados*, pues, según se indica en el libelo, entendió que ello generó un doble beneficio para el condenado, sin posibilidad legal para hacerlo.

Por supuesto, la Sala ha sostenido en otras oportunidades que el interés para recurrir tiene ciertas limitaciones temáticas, justificadas en los principios de lealtad y buena fe que deben regir la actuación procesal, así como en la consonancia entre las peticiones de las partes e intervinientes y las declaraciones judiciales.

Ello ha llevado a la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP 18 abr. 2012, rad. 36.608; AP 17 oct. 2012, rad. 33.145; SP 30 abr. 2014, rad. 41.543 y AP 26 abr. 2017, rad. 48.014) a afirmar que cuando la decisión judicial no se pronuncia respecto de un específico tópic, como consecuencia de que el sujeto procesal no hizo petición alguna al respecto, por no existir un agravio la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió *según sus expectativas*. Si los recursos son instrumentos para que las partes reclamen la corrección de los errores cometidos por los jueces al resolver las peticiones de aquéllas o adoptar *determinaciones oficiosas*, no puede señalarse como equivocada la ausencia de pronunciamiento sobre lo que no se reclamó³.

³ CSJ SP, 14 Jun 2017. Rad. 47630

Empero, en el presente caso no puede predicarse la falta de legitimidad del apoderado de Colpensiones para recurrir la decisión de primera instancia, bajo el argumento que estuvo de acuerdo en los términos del preacuerdo. La razón es evidente: si bien, participó activamente en la negociación por la cual culminó el proceso de manera anticipada, desde el momento en que se pronunció en relación con los tópicos del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, es decir, una vez aprobado el preacuerdo, manifestó su inconformidad en punto del *eventual* reconocimiento de la rebaja punitiva por la causal de atenuación, actitud que descarta de plano mala fe o deslealtad.

En ese mismo sentido, debe agregarse que el Tribunal Superior de Barranquilla, luego de aprobar el preacuerdo, no habilitó oportunidad para interponer recursos; de suerte que el único momento para manifestar alguna inconformidad se constituyó luego de la lectura de la sentencia condenatoria.

Véase, además, cómo la intervención de la víctima en sede del preacuerdo, si bien activa, esto es, con posibilidades de presentar reparos al mismo, no conduce a que sus términos puedan modificarse o impedir lo acordado, razón por la cual, se resalta, la única manera efectiva, en términos procesales, de controvertir lo negociado, es a través de la interposición del recurso de apelación, en caso de su aceptación por el juez.”

Con relación a esto último, cabe advertir que, sobre la legalidad de los términos del acuerdo celebrado entre la Fiscalía, el procesado y su defensora, el apoderado de víctimas, en anterior oportunidad, específicamente en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, había manifestado su oposición bajo los mismos argumentos que ahora plantea, pese a que la juez de conocimiento le había llamado la atención al respecto advirtiéndole que, al haberse pactado la pena a imponer, se trataba de un aspecto que no ameritaba ningún pronunciamiento y que su intervención debía restringirse solo frente a sustitutos y subrogados penales. Igualmente, debe repararse en que la funcionaria de primer grado, al aprobar el preacuerdo, explícitamente advirtió que frente a esa decisión no

procedían recursos al considerar que hacía las veces de un sentido de fallo de carácter condenatorio.

A juicio de la Sala esta subregla de procedimiento que adoptó la funcionaria judicial de conocimiento, que se presume válida y acertada, impedía razonablemente el ejercicio de la facultad de impugnar lo así decidido. En estas circunstancias, sería desmedido exigirle al ahora apelante resistirse litigiosamente a dicha decisión de trámite, cuando ciertamente, de todos modos, se le dejaba abierta la oportunidad de impugnar la sentencia, sumado al hecho de que para el momento en que se presentaba y verificaba el preacuerdo, aún no había intervenido el representante del ofendido por cuanto solo fue reconocido como tal una vez fue proferida la decisión de aprobación del preacuerdo.

Por consiguiente, no se puede considerar que el apoderado de la víctima esté recuperando oportunidades perdidas o reviviendo fases fenecidas del procedimiento, causa por la cual tampoco se le puede restar legitimidad para promover el recurso de apelación por este aspecto. Por consiguiente, deberá la Sala ingresar en el fondo del asunto.

Comenzaremos por el reparo sobre la legalidad del preacuerdo por haber superado los límites de la compensación por la aceptación de responsabilidad de los justiciables para los

casos de flagrancia, conforme con la regulación que establece el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004⁴.

Al respecto, conviene precisar que la Sala es del criterio de que, en asuntos como el presente en el que, mediando preacuerdo, el referente del descuento es la variación de la calificación de la conducta de un modo más favorable a los procesados, no tiene aplicación la norma en mención, porque la rebaja de pena no es un porcentaje determinado, como cuando el imputado se allana a los cargos o el preacuerdo se hace con base en los porcentajes establecidos para los diferentes momentos procesales en que se presenta.

Y es que, en anterior providencia⁵, en la que se analizó un caso similar, esta Sala de Decisión sentó su posición, de la que es pertinente citar los siguientes apartes relevantes:

“(…)

Para despejar la cuestión, empezamos sentando la premisa de que no todo preacuerdo está sometido a las restricciones del párrafo del artículo 301 mencionado, por cuanto, como a simple vista se percibe, opera sin discusión cuando se asume la primera modalidad, esto es, cuando el referente es el monto posible del descuento según la fase procesal en que se encuentre la actuación procesal; pero no ocurre lo mismo cuando se varía de modo favorable la tipificación con base fáctica, puesto que figuras que pueden reconocerse como la circunstancia de marginalidad que establece el artículo 56 del Código Penal, o en los eventos de reconocimiento de un exceso en la legítima defensa, el descuento que podría darse es incluso mayor que del 50% que es contemplado como máximo para la

⁴ **ARTÍCULO 301. FLAGRANCIA.** <Artículo modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Se entiende que hay flagrancia cuando:
(…)

PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

⁵ Auto del 5 de diciembre de 2022, radicado 05-001-60-00206-2022-00657.

aceptación de cargos, el que se reduce notoriamente en los casos de flagrancia.

En cuanto a la tercera modalidad, se tiene que ante la ausencia de definiciones legislativas o judiciales que prevalezcan al respecto, deberá asimilarse a una u otra, lo que para el apelante resultaría fácil por cuanto entiende que esta modalidad realmente es una engañifa, en tanto se llaman las cosas por el nombre de lo que no son, y realmente es un escueto descuento de pena y de ahí que quede sometido a las limitaciones del parágrafo del aludido artículo 301.

Tiene algo de razón el apelante, en tanto el acuerdo ciertamente no se centra en la variación de la calificación jurídica atribuida sino en la rebaja de pena, pero deja de tenerla cuando ignora que de todos modos se acude a un referente de la tipificación de la conducta, la que no puede ser arbitraria, pues como ya vimos debe guardar la relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación; de modo que ni siquiera como ficción podría reprimirse un hurto con la pena de unas lesiones personales, exclusivamente con base en que así lo dispone el acuerdo.

Esta acotación obliga a precisar que la tercera modalidad señalada tiene algo de común con la primera y a la vez con la segunda, la primera porque el descuento es en la pena pero no toma como referentes los descuentos posibles según la fase procesal, sino una calificación jurídica de menos consecuencias gravosas; mientras se aproxima a la segunda en tanto se acude a otra calificación jurídica para imponer la pena; pero se distancia en cuanto a que esa calificación no se hace regir, pues se considera que la variación solo es para la pena y no para la conducta punible, que es lo que algunos llaman ficción.

Si bien es cierto que antes, cuando no se exigía base fáctica, esta modalidad de preacuerdo estaba avalada porque quien podría conceder lo más podría también otorgar lo menos, es decir, si se podía variar la tipificación favorable de la conducta para todos los efectos, también podía hacerse solo para fines punitivos, lo cierto es que esta razón desaparece para los casos en que no se cuente con cierta base fáctica que la soporte.

En este contexto cabe preguntarse: ¿cómo puede entonces justificarse la introducción de esta tercera modalidad por fuera de la regulación legal y únicamente basado en el criterio de autoridad de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria?

Aunque la Sala pretende evitar ingresar en polémicas innecesarias en la resolución de este espinoso asunto, conviene caracterizar con precisión la naturaleza del allanamiento a cargos y los acuerdos, en los que se discute si son iguales o asimilables.

Pues bien, lo primero a tener en cuenta es que los juicios de igualdad o similitud son relativos, es decir, se es igual en relación con ciertos aspectos y no necesariamente frente a todos, pues no se trata de dos instituciones idénticas así participen de la misma naturaleza. Veamos:

Tanto el allanamiento como los preacuerdos hacen parte de la justicia premial o consensual y constituyen conceptualmente acuerdos que se obtienen de diferente manera. Aunque en apariencia el allanamiento es una manifestación unilateral de voluntad del procesado de aceptar cargos, lo cierto es que el ofrecimiento de la Fiscalía, obligada por ley a hacerlo, esto es, de que se pueden aceptar cargos en el proceso que se trate, constituye una oferta y su aceptación conforma un acuerdo, al modo que se acepta una oferta en el derecho privado sin posibilidad de discusión, como los contratos por adhesión.

En cambio, el consenso que conforma el preacuerdo puede ser fruto de la negociación entre las partes; pero más allá de esta característica lo que importa remarcar para la decisión es que no puede existir un preacuerdo sin la voluntad del fiscal de hacerlo, mientras que los allanamientos pueden realizarse, así la Fiscalía no lo quiera si la ley lo permite.

De lo último acotado se desprende que inexorablemente debe mediar interés del fiscal para poder terminar por la vía del preacuerdo el proceso, lo que no necesariamente ocurre en el allanamiento a cargos, de modo que puede reputarse institucionalmente que cuando un delegado de la Fiscalía acude a preacordar, está pretendiendo asegurar resultados ante la incertidumbre del litigio, o aún en casos cuya prueba ofrezca debilidad.

Entonces, aquí se encuentra un factor que permite justificar objetivamente un mayor descuento en la compensación punitiva por la aceptación del preacuerdo que el que se otorgaría en los casos de allanamiento y con mayor razón para los casos de flagrancia, en el que es de reconocer que el nimio descuento no estimula en modo alguno las terminaciones anticipadas del proceso.

Por consiguiente, las eventuales razones conceptuales que obligarían a que se le diera a la tercera modalidad de preacuerdo

las mismas limitaciones de la primera, perderían fuerza si la tuvieran, por razones pragmáticas en tanto conducen al efecto indeseable de generar más riesgos de la ineffectividad del sistema de juzgamiento penal.

En esta alternativa, la Sala optará por asimilar la modalidad aquí empleada con la segunda, en tanto tienen como referente una atribución distinta para calcular la pena, lo que se sustenta en el mayor interés institucional de la Fiscalía en concluir los procesos con algún éxito asegurado, siempre que no signifique una concesión arbitraria, sino discrecional y fundada.

En consecuencia, como el interés del fiscal en terminar así los procesos no depende de si existe flagrancia o no, sino de evadir las contingencias del litigio que deba afrontar, no encontramos razón atendible para considerar que en este ámbito aplican las restricciones del parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, sino solo las ordinarias, que han sido tomadas como referentes de proporcionalidad.

Una razón adicional, pero no menos concluyente, para respaldar la tesis que se sostiene, es que si la Sala de Casación Penal hubiera concebido que en la tercera modalidad aplica la restricción señalada, que significó en general la defunción de los allanamientos en caso de flagrancia, no hubiera avalado su existencia, pues simplemente bastaba con recordar que era posible utilizar el primer tipo de preacuerdos, esto es, el que se hace con base en los posibles descuentos en las fases de acusación, preparatoria e inicio del juicio oral.

La introducción de la modalidad de preacuerdo tenía una finalidad legítima y no constituye una contrariedad al orden jurídico o la ley, sino interpretaciones del mismo o adecuación de la legislación a las exigencias o necesidades que se perciben en la práctica del desenvolvimiento del sistema.”

Como puede observarse, en el *sub examine* la Fiscalía no concedió una compensación plena en la variación de la calificación jurídica y además se carece de elementos probatorios que hagan posible la hipótesis de haber actuado los acusados bajo una complicidad, por lo que no existe un fundamento para la variación real, sino que solo se consideró así para la cuantificación punitiva, tratándose de la modalidad

de preacuerdo⁶ con variación de calificación jurídica sin base fáctica, en el que no tiene aplicación el límite de rebaja cuando se presenta la captura en flagrancia, acorde con la actual visión que al respecto tiene el Tribunal. Así las cosas, no se accederá a lo pretendido por el apelante en este aspecto, en tanto se estima que el preacuerdo no es ilegal por el hecho de no tener en cuenta la proporción de rebaja de pena a que se refiere el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

Aunque el apoderado de la víctima alega que se desbordó la proporcionalidad que debe existir en los preacuerdos en el sentido de que la rebaja de pena no puede ser superior a la que se permite para la fase procesal en que se presenta la aceptación de los cargos, conforme lo ha señalado la jurisprudencia penal, entre otras en las providencias con radicados 51478 de 2020 y 45736 de 2016, lo cierto es que en este evento, al presentarse el preacuerdo con anterioridad a la formulación de acusación, debe entenderse que era procedente la obtención de una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acorde con el contenido de los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Por ende, ninguna desproporcionalidad se percibe si se tiene en cuenta que la degradación de autoría a complicidad implica también una reducción de la pena de una sexta parte a la mitad, según lo establece el inciso 3° del artículo 30 del Código Penal.

Naturalmente, se parte de dichos raseros sin acudir a la fracción del 12,5% de rebaja de pena establecida para los casos

⁶ Sobre las modalidades de preacuerdo, ver la sentencia del 20 de junio de 2020, radicación 52227, M. P. Patricia Salar Cuéllar, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

de flagrancia que, entre otras cosas, fue un tema desarrollado en la última de las providencias mencionadas por el recurrente⁷, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia avaló su inaplicación bajo argumentos similares a los ya explicados con anterioridad. Al respecto, determinó lo siguiente la alta corporación:

“Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 *ibidem*. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el parágrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

(...)

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del parágrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Y, otra desemejante es si,

⁷ Sentencia SP2168-2016 del 24 de febrero de 2016, radicación No. 45736, M. P. Eyder Patiño Cabrera

como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia.”

Pasando al segundo reparo del impugnante, consistente en la queja de haberse reconocido la máxima rebaja por reparación, inicialmente ha de advertírsele al apoderado de víctimas que no es cierto que la reparación de los perjuicios efectuada por los procesados haya sido parcial y, por el contrario, se evidencia que fue total.

En efecto, al observar la audiencia realizada el 28 de octubre de 2022, se percibe que el señor Juan Camilo Murcia Benjumea, en su calidad de víctima, fue indagado acerca del valor que estimaba como indemnización, cuantificándola en la suma de \$1.690.000, discriminando cada uno de los valores correspondientes al transporte requerido, a la camiseta que fue rasgada, al día laboral o tiempo perdido y al eslabón que se le perdió a la cadena hurtada. Posteriormente, en audiencia del 29 de diciembre de 2022, el afectado, a viva voz, le expresó a la juez de primera instancia que, efectivamente, había recibido la consignación de \$1.690.000, en dos partes o fracciones, y que esto habría ocurrido aproximadamente 10 días atrás.

Así las cosas, es una realidad que la víctima avaló la indemnización que le fue otorgada por los procesados y no puede retractarse de ello, circunstancia que, de paso, justifica la decisión de primera instancia de no dar lugar al trámite de incidente de reparación integral en tanto se verificó el pago total de los perjuicios al afectado.

Aunque puede ser cierto que la rebaja por reparación para los delitos contra el patrimonio económico, como fenómeno post delictual, no puede estar a disposición de la Fiscalía en tanto su constatación está a cargo del juez quien determina la proporción de la rebaja a conceder, en este evento la máxima rebaja por indemnización hizo parte de la pena pactada para cuya dosificación se emplearon los raseros mínimos, entendiéndose así como parte de la pena mínima que se acordó, lo cual está permitido en materia de negociaciones; a lo que cabe agregar la constatación realizada por la juez de primer grado, quien entendió que se había dado una indemnización integral de perjuicios.

Entonces, pese a la notoria generosidad de la Fiscalía que ciertamente inquieta de cara a la prevención general de la comisión de este tipo de delitos contra el patrimonio económico, no puede calificarse de ilegal el acuerdo, de modo que se asegura la represión del delito, la posibilidad de que la víctima obtenga la reparación de los perjuicios causados y, sobre todo, de procurar el tratamiento igual que se garantiza con acoger los precedentes que rigen. Aceptado así el reconocimiento de la máxima rebaja por indemnización de perjuicios de que trata el artículo 269 del Código Penal como parte de la pena mínima acordada, no puede aseverarse que la cantidad de 18 meses de prisión resultantes de aplicar dicha reducción a la pena de 72 meses que fue fijada con ocasión de la complicidad reconocida, se encuentre por fuera de los márgenes legales.

Finalmente, conviene precisar que la carencia de antecedentes penales constituye una circunstancia genérica de

menor punibilidad para efectos de escogencia de los cuartos de movilidad en la tasación de la pena y, pese a que con la expedición de la Ley 2197 de 2002, se adicionó el numeral 19 del artículo 58 del Código Penal para establecer como circunstancia de mayor punibilidad los antecedentes penales dentro de los 60 meses anteriores a la comisión de la conducta punible, se requiere que esta haya sido atribuida previamente por la Fiscalía, lo que no acontece en este caso en el que solo se hizo alusión a la presencia de antecedentes penales en la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, esto es, con posterioridad a la verificación del preacuerdo.

Adicionalmente, es menester tener presente que las circunstancias de menor o mayor punibilidad tienen como fin exclusivo determinar el cuarto de movilidad punitiva en que habrá de fijarse la sanción penal, conforme con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal, cuyo inciso 5° establece que *“el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa”*; en ese sentido la Fiscalía tiene la potestad, en los eventos de negociación, de fijar la procedencia o no del reconocimiento y atribución de las atenuantes y agravantes genéricas a efectos de tasar la pena que se pretenda pactar.

En suma, encuentra la Sala que no le asiste razón al representante de víctimas para cuestionar la legalidad del acuerdo celebrado entre las partes, como quiera que, como quedó establecido, este fue negociado dentro de los parámetros legales y por ese motivo deberá ser confirmada la sentencia recurrida.

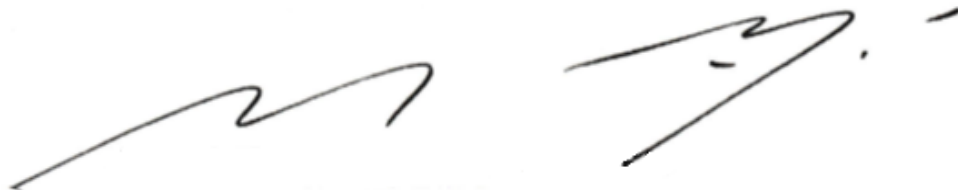
Radicado: 05-001-60-00206-2022-15369
Procesados: Yeferson Alexander Muñoz
Wilder Posada Grajales
Delito: Hurto calificado agravado

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

RESUELVE

Confirmar la sentencia recurrida obra del Juzgado 33 Penal Municipal de Medellín, conforme con las razones expuestas en la parte motiva.

Esta providencia queda notificada en estrados 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