

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR**

Medellin

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).**

**Radicado: 050016108500200981689**  
**Procesada: Harrison Smick Torres Moscoso**  
**Delito: Hurto calificado y agravado**  
**Asunto: Apelación de auto que imprueba preacuerdo**  
**Interlocutorio: No.16 -Aprobado por acta No. 36 de la fecha.**  
**Decisión: Decreta nulidad de lo actuado**  
**Lectura: Jueves, 20 de abril de 2022**

**Magistrado Ponente**  
**Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y la defensa del señor **Harrison Smick Torres Moscoso**, quien viene siendo procesado como coautor del delito de hurto calificado y agravado, en contra del auto proferido por el Juzgado treinta Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual se improbió el preacuerdo suscrito entre las partes.

## 2. CUESTIÓN FÁCTICA

Para una mejor estructura lógica de la decisión a adoptar, la Sala se permite transcribir los fundamentos fácticos consignados en el escrito de acusación:

**Hecho Nro. 1.** El 08 de enero de 2010, a eso de las 03:05 p.m., HARRISON SMICK TORRES MOSCOSO, **ingreso en compañía de otras dos personas** a la entidad Financiera Microempresas de Antioquia, ubicada en la carrera 49, Nro. 53-19, local 103, y se alzó la camiseta y sacó un arma de fuego tipo revolver color plata, la levantó y les dijo “tranquilas, levanten las manos, no toquen nada , no accionen las alarmas, y a los clientes les dijo “tranquilos, la vuelta no es con ustedes, mientras el otro sujeto se dirigió a la puerta de acceso a la parte interna de la cooperativa, y como no pudo abrirla, salto por encima de la caja que había junto a esa puerta y procedió a sacar el dinero que se encontraba en las dos cajas de atención al usuario, y la hecho en un morral y volvió a saltar por la caja de Elizabeth Diaz, pero antes hizo caer la pantalla de un computador; mientras el otro sujeto del arma que era más alto, luego abrió la puerta de la cooperativa y le dijo “vámonos parce, y salieron juntos, se hizo el arqueo y **lo que se llevaron fue \$17.679.491 pesos**, y dejaron daños por \$1.000.000.

**Hecho Nro. 2.** El 01 de Marzo de 2010, HARRISON SMICK TORRES MOSCOSO, ingresó **en compañía de otros dos sujetos** al Banco Davivienda los Sauces, ubicado en la calle 49, Nro. 65-02 de Medellín y encañonó al vigilante, le quito el avantel e hizo que levantara las manos, mientras les decía a todos; “quietos, no hagan nada, entre tanto otro de los sujetos se subió por encima de las cajas mientras el tercero se quedaba en la puerta de ingreso vigilando hasta que el del arma, la cual era plateada, la dijo al que sacó el dinero de las cajas que saliera rápido y así lo

hizo y huyeron caminando. **Se llevaron el dinero de las cajas 1 y 2 en un aproximado de \$ 5.000.000.**

**Hecho Nro. 3.** El 19 de diciembre a las 15:13 horas, en la sucursal del banco Bancolombia de la calle 49, nro. 79-60 barrio Calazans, el Señor HARRISON SMICK TORRES MOSCOSO, **ingreso acompañado de otras dos personas** y se **apoderaron de la suma de 22.089.600 pesos** de propiedad de esta, y para ello uno de los sujetos se quedó en la puerta como campanero, HARRISON redujo al guarda de seguridad intimidándolo con un arma de fuego y le quito el arma de dotación de este y el radio de comunicaciones, cumpliendo la función de saloner, y el tercer sujeto ingreso a la zona de las taquillas y se encargó de sustraer el dinero, modalidad conocida como taquillazo.

En este último evento ocurrió también que dos de los sujetos huyeron en una motocicleta AKT NKDR 125, MODELO 2012, Color negra de placas RRF65 C, la cual dejaron abandonada a las 15:30 en la Cra. 79, frente al número 49-76, la cual tenía reporte de hurto del sábado 15 de diciembre de 2012.

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

El 1º de septiembre de 2022, ante el juzgado Trece Penal municipal de Medellín, se celebraron las audiencias de legalización de captura del señor **Harrison Smick Torres Moscoso**, formulándosele imputación por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo por tres eventos, en concurso heterogéneo con el punible de receptación agravada, cargos que no fueron aceptados por el procesado.

El ente acusador presentó escrito de acusación, el cual correspondió por reparto al juzgado Treinta Penal del Circuito

de Medellín, quien el 19 de enero de 2023 cuando se disponía a celebrar la verbalización de la acusación, fue informado de la suscripción de un preacuerdo entre las partes.

El 27 de enero de 2023, la judicatura fue informada de una variación en los términos de la negociación, procediendo a verificar la voluntariedad del procesado de acogerse a ella. Acto seguido, la Juez de primer nivel determinó improbar el acuerdo que fuere puesto a su consideración, decisión que fue apelada por el delegado fiscal y la defensa de **Torres Moscoso**.

#### **4. TÉRMINOS DE LA NEGOCIACIÓN**

Las partes acordaron que el señor **Harrison Smick Torres Moscoso** aceptaría su responsabilidad en los delitos endilgados, a cambio de que se le reconociera como beneficio la calidad de cómplice, obteniendo una rebaja del 50% para ambos delitos, quedando la pena por receptación en 3 años, mientras que el hurto calificado y agravado en 6 años; a este último monto, atendiendo a la indemnización de perjuicios se le disminuye el 75% quedando en 18 meses.

En consecuencia, se partiría de la pena de 36 meses por el punible atentatorio de la recta y eficaz impartición de justicia, aumentándole 18 meses por los 3 eventos del reato contra el patrimonio económico y una multa de 7 smlmv.

#### **5. DECISIÓN RECURRIDA**

La funcionaria de primer nivel señaló que, si bien en el presente asunto se habían respetado los parámetros legales y

jurisprudenciales para el otorgamiento de rebaja por vía de preacuerdo, no se había cumplido con un requisito de procedibilidad intrínseco a esta modalidad de justicia premial.

En efecto, la *a quo* indicó que en el presente asunto el procesado no había cumplido con el reintegro del incremento patrimonial percibido por el delito, de conformidad con lo señalado en el canon 349 procesal, habida cuenta que las sumas entregadas a título de indemnización a las víctimas y que si bien fueron aceptadas por esas, no podrían ser tenidas en cuenta como devolución de lo ilícitamente percibido para dar por cumplido el requisito antes aludido, máxime cuando los montos resultantes de esa figura no podrían ser condonados o negociados por los intervinientes en la actuación penal.

Además, señaló que si bien todos los delitos de hurto contaron con la participación de dos sujetos adicionales, no existían elementos en el plenario que le indicaran a ciencia cierta cuanto había sido el incremento patrimonial particular del señor **Harrison Smick Torres Moscoso** derivado de su actuar delictivo.

En consecuencia, decidió improbar el pacto presentado por las partes.

## **6. DE LA IMPUGNACIÓN**

### **6.1. Fiscalía**

El delegado del ente acusador, censuró la decisión de primer nivel señalando, en un primer momento de su intervención, que

debió acogerse su planteamiento de citar a la empresa Willis Colombia Corredores de Seguros S.A., que fue la aseguradora que pagó el dinero que le fue hurtado a Microempresas de Colombia.

Prosiguió su exposición indicando que la determinación de la Juez constituía una indebida intromisión en la voluntad de los afectados con el delito, por cuanto se estaba exigiendo que las víctimas recibieran unas sumas superiores a las que deseaban recibir.

Además, adujo que del recuento de la situación fáctica en que se presentaron los delitos, esto es, la presencia de 3 personas que cometían los ilícitos, fácil era deducir que estos se repartían el botín y que al procesado le correspondía una tercera parte de lo apropiado, suma que al hacer los cálculos estaría cubierta con los dineros ya entregados.

En consecuencia, solicitó se revocara el auto apelado.

## **6.2. Defensor de Harrison Smick Torres Moscoso**

El defensor del señor **Torres Moscoso** cuestionó el auto que improbo el resultado de la negociación argumentando que dadas las circunstancias en que se presentaron los latrocinios, a su prohijado le correspondía devolver una parte de los incrementos patrimoniales derivados de los ilícitos y que al efectuar la sumatoria de los productos de los hurtos, las sumas de dinero entregadas por su defendido cubrían la cuota que le tocaría asumir.

Al igual que el delegado fiscal, este recurrente indicó que exigirle a las víctimas que reciban más dinero que el que ya se les entregó, constituía una violación de su voluntad y una talanquera a la pronta resolución del conflicto penal, además de constituir ello una intromisión indebida de la judicatura.

Con apego a lo anterior, deprecó la revocatoria de la decisión recurrida.

## **6. LOS NO RECURRENTES**

En este estadio procesal, solo realizó pronunciamiento la delegada del Ministerio Público, señalando que la decisión de la Juez de no tener los dineros entregados por el procesado como devolución de incremento patrimonial, constituía una errónea interpretación de la norma, dadas las circunstancias en que se desarrollaron los 3 eventos de hurtos endilgados y donde evidentemente participaron otros sujetos.

No obstante, señaló que el auto debía ser confirmado por considerar que al no vincularse a la empresa aseguradora Willis Colombia Corredores de Seguros S.A., no podía otorgarse en el preacuerdo la rebaja contenida en el artículo 269 del C.P., habida cuenta que no existe una reparación integral de todos los afectados con el actuar delictivo del procesado.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

## **7.1 Competencia.**

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por el delegado del ente acusador y la defensa en contra del auto proferido por el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Medellín en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

## **7.2. El problema jurídico.**

Sería del caso que la Sala se aprestara a resolver las censuras planteadas por los apelantes, de no ser porque se visualizan defectos procedimentales que tienen una seria incidencia en los derechos fundamentales de partes e intervinientes que, infortunadamente, devienen abiertamente insalvables.

En razón de lo anterior, la Sala comenzará por realizar un breve exordio sobre las obligaciones que le asiste a la Fiscalía General de la Nación en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 349 del C.P., para proseguir con el deber de la debida participación de las víctimas en los procesos que se terminan por justicia negociada y los principios que rigen las nulidades.

### **7.2.1. Las obligaciones del ente acusador de cara a la aplicación del artículo 349 del código de procedimiento penal como requisito de viabilidad a los preacuerdos.**

El artículo 349 del código de procedimiento penal establece que en aquellos eventos en los que con la comisión de la conducta punible se obtenga un incremento patrimonial, será necesario que el procesado reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido. La norma en cita reza:

“Artículo 349. Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.”

Respecto de la aplicación de esta regla se desprende de forma diáfana que ese reintegro del incremento patrimonial, en la forma descrita en el texto normativo, se constituye en un requisito fundamental de procedibilidad de las negociaciones y preacuerdos que pretendan celebrar las partes.

Así, diáfano deviene que el espíritu de esa regla legal obedece a evitar el acaecimiento de enriquecimientos ilícitos para la persona que con la comisión de una conducta punible obtenga aumentos en su haber patrimonial, además de que promueve los valores justicia, equidad y los principios de proporcionalidad e indirectamente el de reparación. Dicho de otra forma, si en la legislación civil se tiene sentado que el delito es una fuente de obligaciones, la aplicabilidad de la norma en comento evita que la comisión de un reato constituya una fuente de derechos para el sujeto agente de la conducta.

No obstante, la exigencia de reintegro no opera de forma tan automática como parece, por cuanto debe venir concretamente precedida de una labor investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, que indique a ciencia cierta la existencia del incremento patrimonial en cabeza del procesado.

Si se tiene que la devolución del incremento patrimonial, consagrada en el canon 349 del C.P.P., obedece a la restitución del aumento en sus haberes que el procesado obtuvo con la comisión de la conducta punible, lo que la convierte en un fenómeno de carácter delictual, es decir, está ligada directamente a la comisión del reato, inexorablemente su determinación debe estar derivada en la investigación que realiza el ente acusador.

En consecuencia, la Fiscalía está en la obligación de determinar su cuantía, además de si efectivamente esos montos apropiados entraron a formar parte del patrimonio del procesado; solo así, puede hacerse viable la obligatoriedad del reintegro con miras a la obtención de una rebaja punitiva por mecanismos de justicia premial.

En aquellos eventos en los que hay pluralidad de sujetos y que no se logra el procesamiento de todos, conducta punible, se hace necesario que el ente acusador proceda a determinar, a ciencia cierta, el monto del incremento del peculio que cada uno obtuvo en su actuar delictivo, con miras a garantizar la posibilidad de cada procesado al acceso a los mecanismos de justicia premial, aunque, claro está, que cuando ello resulte imposible dada las características del caso, es válida las

presunciones legales debidamente construidas por el Ente Acusador.

Adicionalmente, en esos eventos de vaguedades o vacíos investigativos que den cuenta de lo anterior, el funcionario judicial podría echar mano de los hechos que se encuentren debidamente acreditados en el proceso con miras a determinar, a través de silogismos lógicos debidamente fundados en los elementos de prueba, el incremento en los haberes que obtuvo el procesado que pretende acceder al preacuerdo como mecanismo de terminación anticipada, sin que la ausencia de determinación del ente acusador, pueda constituir una talanquera al cumplimiento de los principios derivados de esta modalidad de justicia premial.

En síntesis, lo ideal, lo que se espera, es que la Fiscalía tenga plenamente determinado el monto del enriquecimiento ilícito si pretende hacer uso de uno de los mecanismos de justicia premial, pero si ello no es posible, es dable acudir a prueba indiciaria o a presunciones legales para determinar tal aspecto.

### **7.2.2. La participación de las víctimas en materia de preacuerdos.**

La protección de los derechos de las personas sobre las cuales se ha materializado la conducta típica ha tenido un giro en la jurisprudencia constitucional, pues previo a que se profiriera la sentencia C 228 de 2002, se pensaba que la intervención de las víctimas en el proceso penal tenía una finalidad netamente

económica y por tanto su participación en el mismo era accesoria y limitada.

No obstante, a partir de esa fecha la Corte Constitucional cambio su postura reconociendo que los derechos de las víctimas van más allá de la simple reparación, pues las autoridades en general y las judiciales en particular tienen el deber de garantizar la protección integral de otros como la verdad y la justicia, pues estos tienen una relación directa con el respeto a la dignidad humana.

Sobre este punto la citada Corporación en sentencia C-228 de 2002 explicó:

“El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica. (...)”

Es así como el máximo Tribunal en lo Constitucional estimó que para materializar plenamente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas se debía garantizar su participación en el proceso penal en igualdad de condiciones a

las del procesado, es decir que aquellas debían tener el estatus de parte procesal y ser tratadas como tal.

No obstante, con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004 se introdujo en Colombia un sistema de justicia penal con tendencia acusatoria, en donde la víctima perdió su calidad de parte procesal para convertirse en un mero interviniente con facultades más decorativas que reales, con lo cual su situación jurídica, y con ella sus derechos a la verdad, justicia y reparación, dentro del proceso penal se vio seriamente afectada.

Frente al preocupante panorama, muchas han sido las demandas que se han presentado en contra de la Ley 906 de 2004 y que la Corte ha fallado en favor de los intereses de las víctimas, de entre las cuales resulta de relevante importancia la sentencia C-209 de 2007 porque en ella, por primera vez, dicha Corporación se pronunció de manera sistemática sobre el estatus jurídico de la víctima en el nuevo esquema de justicia penal.

Para la Corte, es un hecho cierto que al introducirse en Colombia un esquema procesal adversarial, el legislador le quitó el estatus jurídico de parte procesal a la víctima, pues tal calidad solo está reservada, ahora, a la Fiscalía y la defensa; pero ello no significa el arrebatamiento absoluto de los derechos que bajo el anterior procedimiento ostentaba, por cuanto el referido modelo está diseñado exclusivamente para el juicio oral, por lo cual los derechos de las víctimas a ser citadas, a ser oídas, a aportar pruebas, a controvertir y a impugnar las decisiones que les sean adversas deben quedar incólumes para

todas las audiencias preliminares (salvo que sean reservadas), para las audiencias de acusación y preparatoria, para el incidente de reparación integral y en aquellos actos procesales donde se defina la suerte del procesado por aplicación de terminación anticipada (preacuerdos y allanamientos a cargos), espacios procesales en los cuales pueden actuar en igualdad de condiciones que la fiscalía y la defensa.

Para lo que atañe en materia de preacuerdos, es importante resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia C-516 de 2007, advirtió la importancia de la presencia de las víctimas en la audiencia respectiva para materializar su derecho de acceso a la justicia, sin que ello contraiga una intromisión indebida en los deberes y facultades tanto constitucionales como legales de la Fiscalía General de la Nación, sino como una intervención que puede dotar a la judicatura de un mejor panorama sobre los términos de la negociación. Así lo ha entendido ese alto tribunal cuando señaló:

Si bien es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad, propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Por el contrario, la intervención de la víctima provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en el mejor interés de la sociedad y de la administración de justicia. La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar información aportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.

(iii) Esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, que deja en manifiesta desprotección los derechos de las víctimas.

(iv) La omisión implica a su vez un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Reitera la Corte que el propio código reconoce el derecho de las víctimas “a ser oídas”, y a “que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto” (Art. 11 d) y f) la Ley 906 de 2004).

De lo anterior surge que, tal como fue diseñado por el legislador, la víctima no tiene ninguna posibilidad de fijar su posición sobre los términos del acuerdo celebrado entre el fiscal y el imputado o acusado, mediante el cual se puede prescindir de hechos que pueden ser relevantes para la víctima en términos de verdad y de justicia, y también puede afectar las consecuencias del delito (Art. 351 inciso 2º) con clara repercusión sobre el derecho a la reparación integral de la víctima.

Teniendo en cuenta que no existe necesaria coincidencia de intereses entre la fiscalía y la víctima, en la etapa de la negociación de un acuerdo, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral pueden resultar desprotegidos en esta fase crucial y definitiva del proceso. La intervención de la víctima en esta etapa resulta de particular trascendencia para controlar el ejercicio de una facultad que envuelve un amplio poder discrecional para el fiscal, sin que con ello se afecte su autonomía ni el ejercicio de las funciones que le son propias. Resulta manifiesto que la omisión del legislador pone en riesgo la efectividad de los derechos de la víctima y significa un

incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador en la protección de los derechos de la víctima, y por ello se torna inconstitucional.

La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.

Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará

por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°).

Así mismo, preservada la intervención de la víctima en los términos de esta sentencia, aún retiene la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (Art.351. inciso 6°); así mismo conserva la potestad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (Arts. 20 y 176), y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (Art. 102).

De lo anterior, deviene diáfano que, en consonancia con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004, a la víctima, entendida esta como cualquier sujeto afectado con el delito, le asiste el derecho de ser escuchada a lo largo de la actuación y mucho más en aquellos eventos de terminación anticipada por vía de preacuerdos, donde se hace necesario que esta sea convocada a la audiencia con miras a que sea no solo oída, sino que su postura frente al resultado de la negociación sea tenido en cuenta, con miras a la verificación de la conservación efectiva de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, eso sí, claro debe quedar, sin un derecho al veto de la negociación.

### **7.2.3. Las nulidades en el proceso penal colombiano**

Dentro de la arquitectura propia de la Ley 906 de 2004, se ha traído el tema de las nulidades como un remedio extremo a

aplicar en aquellos eventos donde existan insalvables yerros en el procedimiento que den al traste con las garantías fundamentales, en especial las que guardan relación con el derecho de defensa y el debido proceso.<sup>1</sup>

No obstante, para que pueda acudir al extremo remedio de la anulación de lo actuado, no basta con la mera comprobación de la existencia de la violación al derecho de defensa o al debido proceso, sino que, además, esta debe cumplir con los principios de: *i)* taxatividad, esto es que la irregularidad se encuentre señalada en la ley como causal de nulidad; *ii)* trascendencia, en el entendido que el acto debió afectar garantías fundamentales de las partes e intervinientes o las bases del proceso mismo; *iii)* instrumentalidad de las formas, esto es que no cumplió su finalidad o ésta se obtuvo con indefensión; *iv)* protección, que indica que no puede ser invocada por el sujeto que la produjo, salvo los eventos de falta de defensa técnica; *v)* convalidación, en punto de la ausencia de ratificación del yerro por la parte perjudicada; y, *vi)* subsidiaridad, esto es que no puede ser subsanado por otro mecanismo procesal<sup>2</sup>.

#### **7.2.4. Análisis del caso concreto**

En las presentes diligencias el señor **Harrison Smick Torres Moscoso** fue acusado por los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso con receptación agravada por el inciso segundo del canon 447 del C.P.

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

<sup>2</sup> Cfr. SP, may. 9/2007, rad. 27022; SP, 29 oct. 2010, rad. 30300; AP1173-2014, 12 mar., rad. 43158; SP5054-2018, nov. 21, rad. 52288, entre otros

De conformidad con la acusación y en lo que guarda relación con el delito de hurto, el procesado fue acusado por tres latrocinios realizados a Microempresas de Colombia, Bancolombia y Davivienda, en los cuales, siempre en compañía de otros dos sujetos, se apropiaron de sumas de dinero cuyos montos totales ascendían a \$44.769.091.

En razón de lo anterior, fiscalía e imputado presentaron un preacuerdo consistente en la aceptación de los cargos por el procesado, a cambio de que se le reconociera como beneficio la calidad de cómplice, obteniendo una rebaja del 50% para ambos delitos, quedando la pena por receptación en 3 años, mientras que el hurto calificado y agravado en 6 años; a este último monto, atendiendo a la indemnización de perjuicios realizada a Microempresas de Colombia, Bancolombia y Davivienda se le disminuye el 75% quedando en 18 meses la pena para el hurto.

Por ello, acordaron partir de la pena de 36 meses por el punible atentatorio de la recta y eficaz impartición de justicia, aumentándole 18 meses por los 3 eventos del reato contra el patrimonio económico, para una pena de prisión de 54 meses y una multa de 7 smlmv..

Este pacto fue improbadado por la judicatura de primer nivel, bajo el argumento de que no se había cumplido con el requisito de procedibilidad de los preacuerdos atinente al reintegro del incremento patrimonial estipulado en el artículo 349 procesal, respecto de los punibles de hurto calificado y agravado. Dicha denegación fue recurrida por la Fiscalía y la defensa del encartado.

Pues bien, analizando este preciso aspecto, encuentra la Sala que, tal como fue señalado por los censores y puesto de presente por la agente del Ministerio público en su intervención como no recurrente, existió una errónea interpretación por cuenta de la primera instancia a la norma en comento, dado que si la suma apropiada total respecto de los 3 hurtos fue de \$44.769.091, resulta imposible exigirle a **Torres Moscoso** que reintegre la totalidad de los dineros si en cada una de los hechos delictuales participaron dos personas más, por lo que se entendería, en principio, que su enriquecimiento fue respecto de una tercera parte de ese valor, salvo que se hubiera demostrado otra cosa, cuestión que aquí brilla por su ausencia.

Si bien la Sala no desconoce que existió una exigua actuación de la Fiscalía para determinar el incremento patrimonial concreto de **Torres Moscoso** y que tal como lo señaló la *a quo* no existen elementos que den cuenta de ello, esto no podía ser óbice para impartir aprobación al preacuerdo, por cuanto existían hechos concretos probados que permitían inferir lógicamente el cumplimiento de ese requisito.

En efecto, nótese como se tiene acreditado que la suma total derivada de los 3 eventos de latrocinios fue de \$44.769.091; también, se estableció que en cada evento actuaron 3 personas. Estos dos aspectos permiten razonar que al actuar en coautoría, la suma total fue dividida entre estos sujetos, lo que arrojaría una suma de \$14.923.030 para cada sujeto.

Además, en la actuación se dio cuenta que el procesado realizó pagos por \$10.000.000 a Bancolombia, \$5.000.000 a

Davivienda y \$1.000.000.000 a Microempresas de Colombia SAS., sumas que si bien no son la totalidad del dinero hurtado y que fueron a título de indemnización, permiten establecer que sí cubren la totalidad de lo que sería su incremento patrimonial derivado del delito, tal como lo reclaman los recurrentes en sus intervenciones.

Si bien ello fue a título de indemnización de perjuicios, lo cierto es que no se puede desconocer que tales sumas fueron sacadas de su patrimonio y que representan, indudablemente, la devolución del aumento que tuvo en sus haberes con la directa comisión de los ilícitos.

Hasta aquí, podría pensarse que lo pertinente en este momento sería revocar la improbación del preacuerdo y darle viabilidad al pacto, tal como fue reclamado por los sujetos procesales apelantes; empero, en la presente actuación existe un yerro mayúsculo que ha dado al traste con los derechos fundamentales de un afectado indirecto, situación que también toca de fondo con los términos en que fue presentada la negociación, tal como pasa a observarse.

Desde el inicio de la audiencia celebrada el pasado 27 de enero de 2023, el abogado del señor **Torres Moscoso** señaló la necesidad de citar a la actuación a la empresa aseguradora Willis Colombia Corredores de Seguros S.A., quien fue la encargada de asumir el pago de lo hurtado en las instalaciones de Microempresas de Colombia, con miras a verificar su interés de participar en el proceso, dado que se vio afectada con la comisión de ese hurto, al tener que asumir los valores

sustraídos de la empresa asegurada, deprecando el aplazamiento de ese acto procesal.

Esta misma situación fue puesta de presente por la delegada del Ministerio Público, quien adujo que no podía negociarse teniendo en cuenta una indemnización integral del canon 269 del C.P. si no estaban convocados la totalidad de los afectados con los delitos.

No obstante, la funcionaria de primer no asintió a lo peticionado por el apoderado del acusado ni tampoco ejerció pronunciamiento sobre lo señalado por la Procuradora, procediendo a dictar el auto confutado.

Hasta aquí, observa la Sala que la ausencia de la empresa Willis Colombia Corredores de Seguros S.A. le genera un detrimento en sus derechos fundamentales, por cuanto tal como se señaló al interior del acto procesal por la defensa, Fiscalía y Ministerio Público, era necesario que fuera convocada a la actuación pues, si bien el procesado no efectuó ninguno de los hurtos en contra de esa compañía, si tuvo un efecto reflejo dañoso por ser quien asumió el pago de lo hurtado a Microempresas de Colombia.

Lo anterior, toma mayor acento si se tiene en cuenta que dentro de la negociación se amarró la rebaja por reparación integral del artículo 269 del C.P. en un monto del 75% de la pena para el delito de hurto calificado y agravado, sin que se contara con la presencia de este afectado y, peor aún, sin verificar que este hubiese sido resarcido en la totalidad de sus perjuicios como lo indica la norma en comentario.

Indudablemente, la ausencia de Willis Colombia Corredores de Seguros S.A. en la actuación procesal genera un yerro insalvable que debe ser reparado, ello para que esta víctima tenga la posibilidad de comparecer al proceso y ser escuchada, con miras a propender por la conservación y vigencia de sus derechos a la verdad, justicia y, sobre todo, reparación que le asiste como sujeto agraviado con las conductas delictuales desplegadas por el encartado.

En consideración de lo antes expuesto y frente a una flagrante violación del debido proceso y demás garantías fundamentales de Willis Colombia Corredores de Seguros S.A., esta Colegiatura decretará la **NULIDAD** de todo lo actuado dentro del presente proceso, a partir de la audiencia de verificación del preacuerdo celebrada el 27 de enero de 2023 ante la Juez Treinta Penal Municipal de Medellín, inclusive, lo que traduce que se dejará sin efecto alguno el auto proferido por ese mismo juzgado.

En razón de lo anterior, la Judicatura de primer nivel deberá citar en debida forma a Willis Colombia Corredores de Seguros S.A., para lo cual, las partes deberán entregar los datos de ubicación de esa compañía de seguros, con miras a que pueda ser debidamente convocada a la actuación procesal y así garantizar los derechos que le asisten como víctima.

Se llega a esta extrema solución, pues del estudio de los principios que rigen esta figura legal, se tiene que los defectos advertidos menoscaban las bases propias del debido proceso; es trascendente porque afecta las garantías legales y constitucionales de ese afectado en los términos que se han señalado con suficiencia en este proveído; y, por último, no hay

otra manera de subsanar el yerro generado de la omisión de convocar a esa empresa, por lo que es en absoluto necesario que se rehaga el trámite procesal con la presencia de esta para salvaguardar de manera efectiva las prerrogativas superiores y procesales que le asisten.

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

#### **6. RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** de todo lo actuado dentro del presente proceso penal adelantado en contra del señor **Harrison Smick Torres Moscoso** a quien se le endilgó la comisión de los delitos de hurto calificado y agravado y receptación, a partir de la audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el 27 de enero de 2023 ante la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín, inclusive, por lo expuesto a lo largo de este proveído.

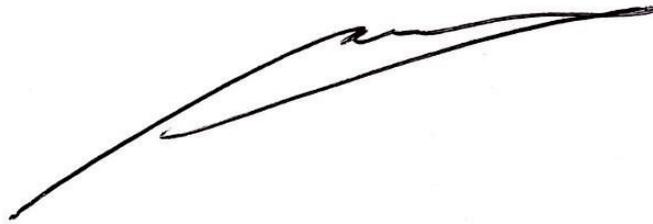
**SEGUNDO:** La presente decisión es susceptible del recurso de reposición en los términos de Ley. Una vez en firme este proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

A handwritten signature in black ink, featuring a long horizontal stroke at the top, followed by several loops and a diagonal line crossing through the center.

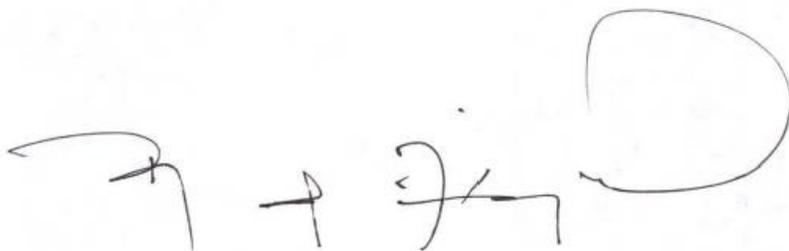
**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

**Magistrado**

A handwritten signature in black ink, consisting of a long, sweeping horizontal stroke with a small loop in the middle.

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

**Magistrado**

A handwritten signature in black ink, featuring a large, prominent loop on the right side and several smaller loops and strokes on the left.

**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ**

**Magistrado**