



SALA PENAL

Medellín, veintisiete de febrero de dos mil veintitrés

Radicado: 05 088 60 00200 2020 50313
Procesados: Jhoan Alexander Amud Mosquera y Jhonatan Andrés Amud Mosquera
Delitos: Concierto para delinquir y hurto calificado agravado
Asunto: Apelación de sentencia anticipada
Interlocutorio: Aprobado 12 por acta 42 de la fecha
Decisión: Decreta nulidad
Lectura: Quince de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

ASUNTO

La Sala se pronuncia frente a la apelación presentada por la defensa y por el Ministerio Público contra la decisión proferida el 22 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín de condenar a JHOAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA y JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA en virtud de aceptación unilateral de la responsabilidad penal —allanamiento a cargos— y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

1. HECHOS

De acuerdo con el escrito de acusación, en esta ciudad —entre septiembre de 2019 y febrero de 2021— JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA, con otras personas, conformaron un grupo delincencial para apoderarse de equipos para telecomunicaciones —baterías de fuentes de poder— de la infraestructura de Tigo y Claro Telecomunicaciones. Extraían dichas baterías de unas fuentes de poder ubicadas en vía pública, en postes de energía, en unos gabinetes metálicos asegurados con candados. Se explica que la fuente de poder es un equipo electrónico que se alimenta de la energía producida por esas baterías y que permite brindar a los usuarios los servicios de internet, telefonía y televisión. Están instaladas en diferentes sectores de Medellín, su área metropolitana y los municipios del departamento, donde dichas empresas tienen cobertura en

telecomunicaciones. Cada fuente de poder tiene tres de las mencionadas baterías, y cada batería hurtada provocaba la caída del “*nodo de la señal (nodo es toda la red de la zona)*”, dejando sin los servicios de telecomunicaciones —telefonía, internet y televisión— a sus usuarios y generando perjuicios económicos a las empresas proveedoras.

Fue así como JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS actuaron de manera permanente, organizada, con división de funciones y, simulando ser empleados de Tigo Telecomunicaciones y Claro Telecomunicaciones, violentaban la seguridad de las baterías y se apoderaban de ellas, dejando las fuentes inservibles. Actuaban dentro de una estructura piramidal con una jerarquía muy reducida, ya que para cada objetivo bastaba la intervención de tres personas, que utilizaban uniformes y distintivos de las aludidas empresas, conos, arneses, cascos, y unas llaves especiales con las cuales abrían los gabinetes para sacar las baterías y así no destruir los candados, que también hurtaban. En ocasiones llevaban cizallas para abrir y escaleras para subir a los postes. Además usaban camionetas “van” similares a las que emplean los contratistas de Tigo y de Claro, con sus respectivos logos.

JHOAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA era el líder de la organización criminal y como tal participó en los hurtos, ejerciendo los roles de facilitador, campanero y conductor, valiéndose de su experiencia para ello, toda vez que previamente había trabajado para Claro y Tigo, en razón de lo cual tuvo acceso a los gabinetes donde estaban las baterías, porque él había hecho mantenimiento a esas fuentes de poder y por ello accedió a las llaves con las cuales se abrían.

Por su parte, JHONATAN ANDRÉS —hermano del anterior— también tiene experiencia en el asunto, ya que trabajó para Tigo Comunicaciones, y su rol era simular ser técnico de dicha empresa, se subía a los postes, violentaba la caja que contenía la fuente de poder y sustraía las baterías. En otras ocasiones conducía el vehículo en el que se desplazaban.

Así las cosas, se estableció la participación de los hermanos AMUD MOSQUERA en diversos hechos delictivos de la naturaleza indicada, concretamente, que el **19 de mayo de 2020** en el sector San Benito, de Medellín, llevaban 4 baterías hurtadas. El **17 de septiembre de 2019** estaban en el municipio de Marinilla (Antioquia) apoderándose de 3 baterías. El **16 de octubre de 2019** en el barrio Veinte de Julio se apoderaron de 3 baterías, y en el vehículo llevaban 6 más que se habían hurtado en diferentes puntos de la ciudad. El **17 de julio de 2020** en Aranjuez —carrera 42 con calle 77 de Medellín— se movilizaban en la camioneta de placas SNX 602 e intentaron abrir el gabinete ubicado en dicha dirección, vistiendo uniformes de Tigo, pero al percatarse de la presencia de personal de esa compañía huyeron. El **21 de**

julio de 2020 los AMUD MOSQUERA fueron capturados en flagrancia, después de haber escalado 4 postes de energía —dos de ellos ubicados en la calle 49b con carrera 69 y otro en la calle 50 con carrera 70 de esta ciudad— donde se apoderaron de 3 baterías de cada poste, para un total de 12 baterías de Claro. **El 26 de febrero de 2021** en la calle 47a con carrera 83, sector la Floresta, de Medellín, JOHAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA y Carlos Andrés Vergara Mejía fueron capturados en flagrancia usando uniformes y logos de Claro mientras se desplazaban en el vehículo de placas FWL 399, en el cual llevaban 9 baterías de dicha empresa.

De la misma manera, los procesados ejecutaron los siguientes hurtos que les fueron imputados:

Evento uno —caso SPOA 050886000200202050313— el 17 de septiembre de 2019, entre las 10 y 11 a.m., en la carrera 30b con calle 33 del municipio de Marinilla (Antioquia), JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA con Harold Ospina Gómez, previo acuerdo y reparto de tareas, se apoderaron —con el único fin de obtener provecho económico— de 3 baterías alimentadoras de carga de la empresa Tigo Telecomunicaciones, y se movilizaban en un vehículo de placas SWT 397. Los hermanos vestían uniformes de Tigo, y usaron escalera y herramientas con las cuales violentaron los mecanismos de seguridad para apoderarse de las baterías, mientras su compinche conducía el vehículo. **Las baterías no fueron recuperadas y tienen un valor de \$753.659 cada una, para un total de \$2.260.977.** Los perjuicios fueron evaluados en \$1.800.000.

Evento dos. El 16 de octubre de 2019 a las 2 p.m. aproximadamente, en la carrera 109 con calle 38a barrio Veinte de Julio, sector San Javier de Medellín, JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA con Harold Ospina Gómez se apoderaron —con el fin de obtener provecho económico— de 6 baterías alimentadoras de carga de Tigo Telecomunicaciones, se movilizaban en el vehículo de placas SWT 397, vestían uniformes de esa empresa y llevaban escalera y herramientas con las cuales violentaban los mecanismos de seguridad para apoderarse de esos elementos. Estas personas actuaron de común acuerdo, se repartieron el trabajo criminal, los hermanos AMUD se apoderaron de las baterías, mientras Harold conducía el vehículo. Ese día Harold Ospina fue capturado en flagrancia y finalmente se le condenó por esos hechos —en proceso SPOA 050016000206201925069—, pero JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA huyeron al notar la presencia policial. Las seis baterías fueron recuperadas, tenían un costo de \$4.185.222 y los perjuicios fueron evaluados en \$1.552.916.52.

Evento 3. —SPOA 050016100335202012568— el 19 de mayo de 2020 a las 6:30 a.m. aproximadamente, en la calle 52a con carrera 56a, sector San Benito, de Medellín, JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA con otra persona no identificada, se apoderaron —con el fin de obtener provecho económico— de 4 baterías de 18 voltios marca Alpha Gel, de propiedad de Une Telecomunicaciones, para actuaron de común acuerdo, como coautores, con repartición de tareas y cada uno hizo un aporte indispensable. Llegaron en el vehículo de placa WCO tipo “van”, conducido por otro, y los hermanos —que portaban uniformes de Tigo— llevaron una escalera y la pusieron en el poste donde estaban las baterías, allí con destornilladores y herramientas para forzar el gabinete, se apoderan de ellas. **Cada batería tiene un valor de \$3.400.000. Las cuales no fueron recuperadas, sumando un valor total de \$13.600.000.** Los perjuicios fueron evaluados en \$3400.000.

Evento 4. —SPOA 050016100335202016713— el 3 de julio de 2020, a las 6 a.m. aproximadamente, en la calle 50 con carrera 27 barrio San Juan, del municipio de Copacabana (Antioquia), JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA con un tercero no identificado, intentaron apoderarse —con el fin de obtener provecho económico— de 3 baterías que estaban instaladas en un poste de energía donde había un gabinete de la empresa Claro. Cada batería pesaba entre 28 y 30 kilos, eran de 3.5 voltios, y tenían una vida útil de 6 a 10 años. Esas personas se movilizaban en una camioneta de placas WCO 634, en la cual se quedó el conductor, mientras los hermanos AMUD MOSQUERA se subieron por una escalera, llevando un soplete para abrir la caja de la fuente de poder, pero se produjo un corto circuito y una explosión que los asustó y los hizo huir, sin llevarse las baterías, pero ocasionaron un daño total de la fuente de poder, por la violencia que ejercieron sobre la misma, tratando de derretirla con acetileno. Los daños fueron evaluados en \$4.500.000, afectaron el servicio a 1.471 usuarios y causaron cuantiosos perjuicios materiales.

Evento 5. El 22 de agosto de 2020 a las 9 p.m., en la calle 59 con carrera 32 sector Villa Hermosa, de esta ciudad, JHOAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA y Stiven Alexander Mona Gómez se apoderaron —con el fin de obtener provecho económico— de 6 baterías de 3.5 vatios, cada una de las cuales pesaba entre 28 y 30 kilos. La mitad de ellas eran de color naranja y remarcadas con INM 0214, 0224 y 0225 y las otras tres eran negras, Alphasell. JHOAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA y Stiven Alexander actuaron de común acuerdo, utilizaron la camioneta de placas UFV 692 para cometer el hecho y uniformes de Tigo Telecomunicaciones. Las baterías fueron evaluadas en \$9.000.000 y eran de Claro Comunicaciones; fueron recuperadas, pero quedó pendiente avalúo de perjuicios.

Stiven Alexander Moná Gómez fue capturado en flagrancia por esos hechos —caso con SPOA 050016000206202012335— pero, JHOAN ALEXANDER huyó.

Evento 6. —SPOA 050016100335202106904— el 15 de octubre de 2020 a la madrugada, en la calle 60 número 46-34 de esta ciudad, JOHAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA y otras personas no identificadas, se apoderaron —con el fin de obtener provecho económico— de 3 baterías instaladas en dicha fuente de poder, pertenecientes a Claro, **que fueron valuadas en \$3.600.00 cada una.** Dichas baterías eran de 3.5 voltios, identificadas HP 12V, estaban instaladas en un poste y su hurto afectó el servicio a unos 840 usuarios. JOHAN ALEXANDER y las otras personas, de común acuerdo, se apoderaron de esas baterías, usando una camioneta de placas WCO 634 y uniformes de Tigo con los cuales simulaban ser trabajadores de esa empresa.

Evento 7 —SPOA 0500161003352021006906— el 13 de octubre de 2020 por la mañana, en la calle 77 N° 50bn-105 de Medellín, barrio Moravia —cercano al Jardín Botánico— JOHAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA y dos personas no identificadas se apoderaron —con el fin de obtener provecho económico— de 3 baterías que estaban instaladas en una fuente de poder C90, pertenecientes a la empresa Claro, actuando de común acuerdo, se repartieron el trabajo criminal y usaron uniformes de la empresa Tigo. **Las baterías no fueron recuperadas y tienen un valor de \$3.600.000 cada una, para un total de \$10.800.000.** Dejaron sin servicio a 840 usuarios aproximadamente.

Evento 8. —SPOA 0500161003352021006907— el 26 de octubre de 2020 a las 5 a.m. aproximadamente, en la carrera 46 número 63a 43 —sector Prado Centro— JOHAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA y otras dos personas no identificadas, se apoderaron —con el fin de obtener provecho económico— de 3 baterías instaladas en una fuente de poder RRM, pertenecientes a la empresa Claro Comunicaciones. **Cada una valuada en \$ 3.600.000,** apoderamiento que generó perjuicios cuantiosos porque dejaron sin servicio de telecomunicaciones a aproximadamente 840 usuarios. Esas personas actuaron de común acuerdo, se repartieron el trabajo criminal, usaron uniformes de Tigo, y se movilizaban en una camioneta de placas WCO 634. Uno de ellos conducía mientras JOHAN ALEXANDER se apoderó de las baterías y los otros vigilaban.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Entre el 15 y 16 de abril de 2021, el Juzgado Dieciocho Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías legalizó el procedimiento de captura de los dos aquí procesados y de otro sujeto. Se le formuló imputación a JHOAN

ALEXANDER AMUD MOSQUERA por Concierto para delinquir en calidad de cabecilla (artículo 340 inciso 3° del CP) en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo de 8 hurtos calificados agravados (artículos 239, 240-1 e inciso 5° y 241-7 y 10), igualmente se formuló imputación contra JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA por Concierto para delinquir (artículo 340 del CP) en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo de 4 hurtos calificados agravados (artículo 239, 240-1 e inciso 5°, 241-7 y 10 del CP) cargos a los cuales **no se allanó** ninguno de los imputados. A este último se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria, mientras frente al primero la judicatura se abstuvo de imponer medida alguna, en tanto ya estaba privado de la libertad por cuenta de otra investigación.

Presentado el escrito de acusación, correspondió por reparto del 2 de agosto de 2021 al Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, despacho ante el cual se acusó formalmente a JOHAN ALEXANDER y a JHONATAN ANDRÉS, habiéndose modificado la calificación jurídica inicial, toda vez que uno de los hurtos atribuidos, concretamente el del evento 4 se endilgó como tentativa de hurto añadiéndose, además, las circunstancias genéricas de mayor punibilidad de los numerales 1 y 5 del CP —ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad, y mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe—.

El 7 de febrero de 2022 se hizo la audiencia preparatoria y, luego de admitir las solicitudes probatorias, el juez indicó a los procesados la posibilidad de allanarse a los cargos en esa etapa procesal, ante lo cual los hermanos AMUD MOSQUERA aceptaron unilateralmente su responsabilidad penal, allanamiento que fue avalado ese mismo día.

El 22 de marzo de 2022 se realizó la audiencia de individualización de pena (artículo 447 del CPP) en la cual la Fiscalía manifestó que los procesados tienen derecho a un descuento punitivo de 1/3 parte, por el allanamiento a cargos en la audiencia preparatoria, de conformidad al artículo 356-5 del CPP, aunque no cancelaron el incremento patrimonial toda vez que, en su criterio, los allanamientos y los preacuerdos son figuras jurídicas diferentes, y en los primeros no debe exigirse el reintegro patrimonial. Solicitó partir del mínimo de la pena establecida en la ley para la conducta más grave, que es el Hurto calificado agravado y que se les incrementara 1 mes por cada una de las restantes conductas, para una definitiva de 98 meses de prisión para JHOAN ALEXANDER y de 94 para JHONATAN ANDRÉS,

penas que luego del correspondiente descuento punitivo quedarían en 65.4 meses para para el primero y en 62.7 meses para el otro.

Informó también la Fiscalía que JHONATAN ANDRÉS carece de antecedentes penales, mientras que JOHAN ALEXANDER tiene un proceso penal en curso, en el cual no se ha emitido sentencia. Agregó que no es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria por la prohibición legal establecida en el artículo 68A del CP con relación al Hurto calificado. Y en lo atinente al cumplimiento de los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, como padres cabeza de familia, que pretende la defensa, dijo la fiscalía que no se cumplen los presupuestos para ello.

El Ministerio Público dijo que para la tasación de la pena debe partirse del mínimo de las establecidas en la ley, y manifestó igualmente desacuerdo con la rebaja de pena que en virtud del allanamiento anunció la judicatura atendiendo a la etapa procesal en la cual se produjo la aceptación de la responsabilidad penal —1/3 parte de la pena— puesto que hay una línea sólida, unificada en el sentido de que en los allanamientos a cargos debe cumplirse lo establecido en el artículo 349 del CPP, en cuanto al reintegro del 50% y garantizar el restante, por lo cual en este caso al no haber ocurrido ello no procede la rebaja punitiva. Y expuso que es evidente que el Hurto calificado agravado por el cual aceptaron cargos los dos procesados está enlistado en el artículo 68A del CP, habiendo expresa prohibición para la concesión de subrogados o mecanismos sustitutivos de la pena de prisión.

Agregó la Procuraduría, frente a los elementos materiales probatorios allegados por la defensa de cara a la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia en favor de los procesados, que no se advierte el lleno de las exigencias legales para el efecto, en tanto no se evidencia desprotección total de los menores de edad

La representación de víctimas indicó que en este caso son improcedentes los beneficios o subrogados penales de acuerdo con el artículo 68A de CP, y que comparte lo expuesto por el Ministerio Público, en lo concerniente a la línea jurisprudencial sólida respecto del reintegro establecido en el artículo 349 del CPP para los allanamientos, por lo tanto debe darse aplicación a la jurisprudencia, atendiendo a que los procesados percibieron un incremento patrimonial injustificado en detrimento de la empresa Une EPM Telecomunicaciones, que haciende a \$13.600.000, por lo cual para reconocer rebaja de pena por el allanamiento, en este caso deben reintegrar \$6.800.000 a Une EPM Telecomunicaciones y garantizar el remanente, por ello coadyuva lo manifestado por la procuradora, en cuanto a la improcedencia de la rebaja de la tercera parte de la pena.

Por su parte, la defensa expuso que comparte el criterio de la Fiscalía frente a la procedencia de rebaja de pena por la aceptación de cargos, añadiendo que los procesados no tienen con qué indemnizar o pagar los perjuicios —lo cual les otorgaría un descuento considerable— ya que su patrimonio no se incrementó por la comisión de estos delitos.

De otro lado, solicitó la defensa conceder a los AMUD MOSQUERA la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia, porque JOHAN ALEXANDER es padre de dos menores y ejerce la condición de cabeza de familia frente a uno de ellos —Alexander Amud, de 1 año— porque la progenitora de este —Elvia María Manco— presenta quebrantos de salud, y la privación de la libertad del procesado representa un alto grado de vulnerabilidad para dicho niño, luego concurren los presupuestos señalados por la Corte Constitucional para que se configure la figura de padre cabeza de familia, toda vez que JOHAN ALEXANDER tiene la responsabilidad permanente de su hijo menor de edad, desde su nacimiento, y la madre del niño ha tenido que sustraerse de sus obligaciones toda vez que solo puede proveerle cuidado personal pero no el sustento económico, y no hay familiares que puedan ayudar con ello.

Añadió la defensa que, aunque JOHAN ALEXANDER no puede pagar los perjuicios está dispuesto a ayudar a que el delito no se siga cometiendo, e incluso rindió un interrogatorio a la Fiscalía, dirigido a que se judicialicen las personas involucradas con el hurto de esas baterías de las compañías afectadas y está presto a colaborar para reparar el daño causado.

En cuanto respecta a JONATHAN ANDRÉS, argumentó el defensor que este es padre de María Antonella Amud, de un año de edad, y que la madre de dicha menor —Yeimy Juliana— padece de tuberculosis de pulmón que le ha ocasionado grave situación de vulnerabilidad, situación que agrava la privación de la libertad del procesado en el evento de ser condenado a una pena de prisión. Añadió que tiene declaraciones extraprocesales que dan cuenta de que JONATHAN ANDRÉS es padre cabeza de familia y reúne los requisitos para la prisión domiciliaria por ello.

Reiteró la defensa que los hermanos AMUD MOSQUERA no han tenido la posibilidad de pagar el incremento patrimonial o de reparar o reintegrar lo hurtado porque se encuentran privados de la libertad, en una situación de pobreza extrema, pero están dispuestos a pedir perdón público, lo cual debe tenerse en cuenta para concederles la rebaja de pena por aceptación de cargos, en tanto han tenido la voluntad de reparar el daño y de ayudar para que no se siga cometiendo el punible, por lo cual pide se les otorgue la rebaja punitiva de la tercera parte, que se parta de los mínimos y se les conceda la prisión domiciliaria, como sustitutiva de prisión.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

El 22 de marzo de 2022 el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, en virtud del allanamiento a cargos, condenó a JHOAN ALEXANDER a 65 meses 15 días de prisión por Hurto calificado agravado y Concierto para delinquir, y a JHONATAN ANDRÉS a 62 meses 20 días de prisión por los mismos delitos. Los inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por periodo igual al de la pena de prisión y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Con sustento en algunas providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, el juez de primera instancia se apartó del precedente vertical según el cual en los allanamientos a cargos, al ser una modalidad de preacuerdos debe aplicarse el artículo 349 del CPP cuando exista incremento patrimonial, concluyendo que los allanamientos y los preacuerdos son figuras jurídicas diferentes, puesto que en la primera nunca se da un acuerdo entre las partes, y pese a lo que expresa en ese sentido la Alta Corporación, es un acto unilateral del imputado de aceptar los cargos y las consecuencias que devienen de ello, como el monto de la rebaja, la pena a imponer y la concesión de mecanismos sustitutivos de la pena de prisión quedan a criterio del juez de conocimiento. En cambio en los preacuerdos, impera la bilateralidad.

Insistió la judicatura en que hay diferencias entre el allanamiento a cargos y los preacuerdos, y en que la aplicación del artículo 349 del CPP se limita a los segundos, por ello —a su criterio— impera aplicar, por ser más favorable y tener pleno respaldo jurisprudencial, la posición según la cual las figuras analizadas no pueden equipararse.

Considera que no es posible hacer una aplicación extensiva y desfavorable (*in malam partem*) del artículo 349 del CPP, norma claramente establece un presupuesto propio de los preacuerdos y no de los allanamientos, y cuando el sentido de la ley es claro no es permitido desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, como reza una clásica regla hermenéutica, y solo hay facultad para interpretar las normas más allá de su gramática, cuando tienen expresiones ininteligibles, pero en lo penal solo está permitido aplicar analogía permisiva (Ley 599 de 2000, artículo 6º) caso que aquí no se presenta.

Argumentó que al aprobar el allanamiento a cargos y proferir sentencia condenatoria no se está eximiendo de la responsabilidad patrimonial al culpable, ya que para hacer valer el deber de restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 22

del CPP, el ordenamiento jurídico ha consagrado eficaces herramientas, entre ellas el comiso de bienes y recursos del penalmente responsable (artículo 82 ibídem), la acción de extinción de dominio (Ley 1708 de 2014) y el incidente de reparación integral (artículo 102 del CPP), que se habilita con la declaratoria de responsabilidad penal, lo cual permite afirmar que el allanamiento a cargos no sólo favorece al procesado, sino que también brinda beneficios a las víctimas porque con prontitud podrán solicitar su reparación, y la sociedad obtendrá provecho de un sistema penal con menor congestión y de un conflicto criminal resuelto.

Con sustento en los anteriores argumentos el juez de primera instancia otorgó una rebaja del 35% de la pena a imponer a JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA atendiendo a la etapa procesal en la cual se allanaron, fijando así la definitiva en 65 meses 15 días de prisión y 62 meses 20 días de prisión, respectivamente.

Y les negó la prisión domiciliaria como padres cabeza de familiar, al considerar que solo se demostró el primer requisito para ello, esto es que cada uno de ellos tiene un hijo menor de edad que está a su cuidado y que vivía con ambos progenitores, mas no el segundo: *“Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, esta se encuentre incapacitada física, mental o moralmente”*, toda vez que de los elementos materiales probatorios, concretamente de los registros de nacimiento allegados se pudo constatar que cada uno de los menores tiene el apellido de su padre y su madre, y no se acreditó que estas se sustraigan de sus obligaciones o que estén muertas o incapacitadas.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

4.1. De la defensa.

Está inconforme con la denegación de la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia a ambos procesados porque —argumenta— JOHAN ALEXANDER AMUD MOSQUERA tiene un hijo menor de edad, Ian Alexander Amud Manco, del cual ha tenido el cuidado permanente, situación que se acreditó con los elementos allegados. El mencionado niño tiene muy corta edad y requiere cuidados especiales, por la cual no es posible para su madre salir a conseguir el sustento para garantizarle el mínimo vital, y solo puede brindarle el cuidado personal, por lo tanto el infante quedará desprotegido si no se sustituye a su progenitor la pena de prisión por una domiciliaria.

E igualmente JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA es padre de la menor María Antonella Amud Vera, de la cual ha tenido el cuidado permanente. Y como

actualmente está detenido preventivamente en su lugar de residencia, ello ha ayudado a que garantice el mínimo vital de su hija a quien, además, ha podido brindarle el cuidado personal mientras la madre consigue el sustento económico. Sumado a ello, la menor tiene una situación médica que impone que su cuidado sea mayor. Concluyendo que para cada uno de los procesados se cumplen los presupuestos que según la Corte Constitucional se requieren para ser padres cabeza de familia:

- Tanto JOHAN como JONATHAN tienen a cargo la responsabilidad de sus hijos menores, los cuales por su corta edad requieren cuidado especial.
- Esa responsabilidad es permanente, pues han respondido por sus hijos desde su nacimiento. Y los elementos materiales probatorios allegados evidencian que son los únicos que pueden brindar la ayuda necesaria para la manutención de los menores.
- La madre de Ian Alexander ha tenido que sustraerse de sus obligaciones toda vez que solamente puede brindarle cuidado personal a su hijo, pero no proveerle lo necesario económicamente porque no puede salir a trabajar.
- La madre de María Antonella se verá en la obligación de sustraerse de sus obligaciones dado que la infante por su edad requiere cuidado especial y por eso aquella no puede salir a trabajar y solo podrá cuidarla.
- No tienen familiares que les ayuden en la situación en que se encuentran y proseguirán con su reclusión.

4.2. Del Ministerio Público.

La procuradora está inconforme con la rebaja punitiva que la judicatura reconoció a los AMUD MOSQUERA en virtud del allanamiento a cargos, a pesar de no haber reintegrado el 50% del incremento patrimonial que obtuvieron en razón de las conductas punibles que cometieron y garantizar el pago del restante, como lo establecen el artículo 349 del CPP y la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Argumentó que no cabe duda de la amplia discusión que hay sobre la naturaleza del allanamiento a cargos y del preacuerdo o negociación. Múltiples son los pronunciamientos a nivel del máximo órgano de cierre, de los tribunales y de la judicatura, con relación a las similitudes o diferencias que existen entre ambas formas de terminación anticipada del proceso. Pero —como lo manifestó durante su intervención en la audiencia preparatoria y lo reiteró en la de individualización de pena— hay una línea sólida, en punto a que la cortapisa del artículo 349 CPP tiene plena aplicación en el allanamiento o aceptación unilateral de cargos.

Agregó, que aunque se podrían señalar —como lo hizo el juez— las diferencias entre ambas figuras y citar distintos radicados al respecto, la mencionada tesis es ya una posición consolidada, y aludió como soporte de tal afirmación a una providencia de

otra Sala de Decisión Penal del Tribunal de este Distrito, añadiendo: *“expresó esta delegada en sus intervenciones, al concluir que pese a todas las discusiones, análisis y demás, sobre las tantas veces instituciones mencionadas, lo cierto es que la Corte Suprema ha dejado claro que se encuentra vigente dicha limitante frente a los allanamientos y en ese sentido somos respetuosos de ello y acatamos lo que estimamos, es ya consolidado.”*

Destacó la delegada del Ministerio Público que indudablemente en el presente caso hubo incremento patrimonial, no solo porque desde el aspecto fáctico se refiere el valor de las baterías y demás elementos apropiados —*independiente de quién tenga el dinero, o si en este momento los procesados no tienen para indemnizar, lo que les generaría una significativa rebaja conforme el art 269 del CP, parte de los argumentos de la defensa*—, sino además porque el juez lo dio por cierto en su proveído, cuando dijo: *“(…) con fundamento en lo anterior, este despacho concluye que, aunque en este proceso se vislumbre un incremento patrimonial derivado indirectamente del accionar de los procesados (...)”*. Así que el incremento patrimonial no es tema de discusión, aunque hayan querido debatirlo las partes en la audiencia de individualización de pena.

Con sustento en diversas citas jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la procuradora asegura que a pesar de las controversias sobre la naturaleza de las figuras procesales en cuestión, es claro que la mencionada Corte insistentemente ha venido recabando en la necesidad de agotar lo preceptuado en el canon 349 del CPP como requisito *sine qua non* para que proceda una eventual rebaja por aceptación de cargos, por eso pide que se revoque la decisión de primera instancia en tal sentido, comoquiera que se desatendió la plurimencionada norma del CPP.

5. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la presente impugnación conforme lo dispone el artículo 34-1 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004– toda vez que la sentencia de primera instancia fue proferida por Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, que hace parte de este distrito judicial.

6. CONSIDERACIONES

En el caso bajo estudio, de acuerdo con el objeto de apelación debería la Sala determinar si fue acertado reconocer a JHOAN ALEXANDER y a JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA descuento punitivo por haberse allanado a los cargos, a pesar de no cumplir con el reintegro establecido en el artículo 349 del CPP como

lo hizo el *a quo*, y si acertó la primera instancia al negar a ambos procesados la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia pero, al revisar la actuación se advierte la existencia de una irregularidad insubsanable que vulnera las reglas propias del procedimiento e cara a la verificación del allanamiento a cargos, lo cual hace imperativo el decreto oficioso de una nulidad por violación del debido proceso, atendiendo al control constitucional que asume el juzgador al examinar cada caso concreto.

En el *sub iúdice* se advierte que el 16 de abril de 2021 se formuló imputación contra JHOAN ALEXANDER y JHONATAN AMUD MOSQUERA, diligencia en la cual se les informó la posibilidad que tenían de allanarse a los cargos y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, así como la rebaja de pena a la cual podían acceder de acuerdo con dicha etapa procesal, sin embargo ni la fiscalía ni la judicatura le informaron a los procesados la obligación de reintegrar el 50% del incremento patrimonial obtenido con la ejecución de los punibles, de cara a obtener descuento punitivo en caso de aceptar unilateralmente la responsabilidad penal; por el contrario, la fiscal y la juez les manifestaron que podían ser acreedores de un descuento punitivo de hasta el 50% de la pena a imponer, sin que los AMUD MOSQUERA manifestaran voluntad de allanarse en ese momento, de ahí que el proceso siguió el curso ordinario, pero en la audiencia preparatoria, una vez aprobadas las estipulaciones probatorias y admitidas las solicitudes correspondientes, el juez de conocimiento puso de presente a los procesados la posibilidad que les asistía de allanarse a los cargos, y que de ser así obtendrían “*beneficios de rebaja de pena*”. Al respecto, la fiscal le manifestó al juez:

“Su señoría, que pena, yo le digo, lo que pasa es que ellos si tienen una inquietud que me la trasladaron, pero yo no se las pude contestar, ellos preguntan que si aceptaban cargos hoy qué descuento tendrían dado que no tenían recursos para pagar el incremento patrimonial, (...) esa es la inquietud de ellos”¹.

Ante la planteada inquietud, el juez de instancia manifestó textualmente:

(...) el tema del incremento patrimonial tiene limitaciones para los preacuerdos. Hay unas pautas jurisprudenciales que asimilan dos figuras que son muy similares, muy familiares como son el allanamiento a cargos y la negociación. Yo partiría de la base que el artículo 349 está estrictamente referido a las negociaciones y preacuerdos no como institutos diferentes. Esa es la posición, concepción que el despacho ha tenido y pues podríamos mantener.

Ahora, los procesados ¿qué beneficios de rebaja?, están establecidos en la ley, las rebajas son hasta una tercera parte de la pena en este momento procesal, eso es lo que la ley establece como rebaja según el artículo (...) es la 356, y dice esa norma en el numeral quinto: “*que el acusado manifieste si acepta o no los cargos, en el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, según lo previsto en el artículo 351*”. Lo que pasa es que son normas de reenvío, el 351 está

¹ Audio de la audiencia preparatoria y de verificación de allanamiento, minuto: 1:21:59

referido es a los preacuerdos, pero queda claro que son dos institutos diferentes, el uno es un acto unilateral de voluntad por parte del procesado, la negociación un acto bilateral, incluso tiene espectro mucho más amplio en cuanto a beneficios y tiempos en los que se hace, entonces por eso no podemos decir que son lo mismo.

Ahora, claro, si los procesados con esta ilustración tienen alguna duda y quieren plantearla con su defensor yo les doy un margen de tiempo, pero muy cortico porque nos están esperando para otra audiencia” (sic).

Luego de haberse informado por el juez lo anterior, el defensor dijo: “(...) *teniendo en cuenta lo que usted acaba de mencionar y su posición frente a la diferencia entre los preacuerdos y el allanamiento unilateral, yo si requiero hablar con ellos.*” Efectivamente se concedió un receso para que el abogado dialogara con los procesados, y una vez retomada la audiencia anunció la defensa: “(...) *ellos se van a allanar **teniendo en cuenta lo que usted ahorita indicó frente a la rebaja de pena a la que da lugar esta figura***”².

Antes de indagar a los AMUD MOSQUERA, el juez confirmó —tras inquietud de la procuradora— su tesis de conceder rebaja de pena en este caso. Finalmente los procesados aceptaron los cargos y la judicatura avaló dicho allanamiento.

El control de legalidad de la aceptación de la responsabilidad penal, implica constatar: I) Que sea un acto libre, voluntario, consiente y espontáneo debidamente asesorado por la defensa, de acuerdo con los artículo 131 y 293 del CPP. II) Que no se comprometa la presunción de inocencia, por lo cual cabe verificar que hay mínimos elementos materiales probatorios de los cuales se pueda inferir la tipicidad de la conducta punible y la participación de los procesados, puesto que según el artículo 327 del CPP procede dictar sentencia condenatoria únicamente cuando se presentan dichos elementos, y III) Que no se vulneren garantías fundamentales, entre ellas el debido proceso.

Ese primer requisito atinente a que la aceptación de la responsabilidad penal debe ser un acto libre, consciente, voluntario y debidamente informado ,en este evento no se cumple, toda vez que JHONATAN ANDRÉS y JHOAN ALEXANDER aceptaron los cargos bajo el convencimiento de obtener una rebaja de pena en contraprestación, la cual les garantizó el juez de primera instancia al apartarse del precedente que impone a los procesados reintegrar la mitad del incremento patrimonial obtenido por el ilícito, y garantizar el pago del remanente —de acuerdo con el artículo 349 del CPP—, sin embargo independientemente de la decisión del juez de inaplicar el precedente, debió explicar a los encartados la exigencia del mencionado requisito, de cara a evitar vicios del consentimiento, al inducirlos en

² Audio de la audiencia preparatoria y de verificación de allanamiento, minuto: 1:34:20

una errónea convicción frente a la procedencia de la rebaja de pena a pesar de no haber reintegrado, lo cual se dio por la inaplicación que hizo el juez, mas no porque el ordenamiento jurídico y la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Penal así lo admitan.

Siendo oportuno resaltar que de conformidad con la providencia de radicación 39.831 del 27 de septiembre de 2017, con ponencia del Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia varió su jurisprudencia, en cuanto a que el allanamiento a cargos debe entenderse como una de las modalidades de preacuerdo entre el imputado y la Fiscalía, de allí que la exigencia contenida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, atinente a que *“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”*, debe hacerse también a quienes acepten responsabilidad penal por allanamiento, pues claramente se expresó en tal decisión:

“(…) como resultado de reestudiar el tema, la Sala concluye que indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sino porque **es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004**”. (Resaltado y subrayado no originales)

Aunque la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha mantenido una postura pacífica sobre este tópico, pues en sentencia de radicado 21.347, del 14 de diciembre de 2005 de la cual fue ponente el Magistrado Yesid Ramírez Bastidas dijo que, como modalidad de preacuerdo que es, la legalidad del allanamiento a cargos está condicionada a la verificación de la exigencia prevista

en el artículo 349 del estatuto procesal penal, pero a partir de la sentencia 25.306 del 8 de abril de 2008, esa Alta Corporación cambió su posición para señalar que en los casos de aceptación unilateral de responsabilidad no era exigible tal requisito de procedibilidad, hasta llegar a la postura actual —establecida en la providencia 39.831 del 27 de septiembre de 2017— en la cual se retomó la inicial concepción.

En este orden de ideas, es evidente que la Corte Suprema de Justicia en la referida providencia, hizo una labor unificadora de la jurisprudencia, que constituye un parámetro soportado en la razón de la decisión, en tanto resolvió con fuerza de cosa juzgada la exigencia del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 349 del CPP en los allanamientos a cargos, y si bien en el caso que se analizó en esa oportunidad no era exigible dicha obligación, fue porque el allanamiento en ese proceso se aprobó conforme a la interpretación jurisprudencial vigente en ese entonces —que no vinculaba el allanamiento a cargos a las exigencias contenidas en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004—, sin embargo es clara la regla jurídica que se estableció a partir de la providencia 39.831 de 2017, reiterada en los radicados: 55.166 (AP 504-2020) y 55.914 (SP 287 de 2022), entre otros, en torno a que en los allanamientos, como modalidad de preacuerdos, debe verificarse el cumplimiento del reintegro que dispone el artículo 349 del CPP cuando ha habido incremento patrimonial para el sujeto activo de la conducta punible. Y no debe perderse de vista que *“la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas que hacen parte de la razón de la decisión, es decir aquellos que son inescindibles de la decisión sobre un punto de derecho”*³

Así, esta Sala de Decisión unánimemente ha acogido la directriz jurisprudencial contenida en la sentencia 39.831 de 2017, por estimarla acorde con la teleología y sistemática procesal de la Ley 906 de 2004, que incluye a los allanamientos en las modalidades de preacuerdos y negociaciones, y porque además de la finalidad que tiene el artículo 349 del CPP —de garantizar en el proceso penal la reparación de las víctimas— se pretende evitar que los sujetos activos de comportamientos punibles, aumenten injustificadamente su patrimonio como consecuencia de su actividad criminal.

De tal suerte que la aceptación unilateral de responsabilidad o allanamiento a cargos, de acuerdo con el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, es una modalidad de los preacuerdos o negociaciones, con lo cual, ninguna duda surge en cuanto a que para los allanamientos también es exigible el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 349 procesal. Lineamiento claramente trazado por la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia vigente, que ha sido acogido por esta Sala de

³ Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil

Decisión como criterio unificador. Y no perderse de vista que el precedente judicial es de inmediata aplicación y no admite el principio de favorabilidad, pues una vez proferido debe recurrirse al mismo para la solución de los casos a resolver en adelante, independientemente de la fecha de ocurrencia de los hechos. Al respecto, señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“(…) el principio de favorabilidad no se reputa de los cambios de jurisprudencia para procesos en curso como ya lo ha sostenido la Sala en sede de tutela a partir de la interpretación que sobre el tema ha construido la Corte Constitucional. En un fallo de esa naturaleza, eso fue lo que indicó la Sala de Casación Penal:

Frente a la concurrencia de posturas jurisprudenciales sobre el aspecto atrás analizado, y la obligación de aplicar la que resulte más favorable al procesado, es necesario hacer las siguientes precisiones:

*En primer término, la asimilación que hace el impugnante entre derecho legislado y precedentes judiciales, de cara a la aplicación del principio de favorabilidad, es inaceptable, porque **una cosa es el fenómeno de tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas que regulen de manera diferente un mismo asunto, y otra muy diferente que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria varíe la interpretación de un determinado precepto por considerarla errónea, tal y como sucedió en este caso.*** (Resaltado fuera del texto original)

*Sobre la posibilidad que tiene la Corte Suprema de Justicia de variar el precedente judicial por la razón atrás indicada, la Corte Constitucional ha precisado que el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. **Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro**⁴. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas pueden haber sido útiles y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. (SU-047/99, reiterada en C-836 de 2001).» (CSJ ST, 13 jul 2016, rad. 48257)*

De ahí que resulta acorde a derecho aplicar la actual tesis jurisprudencial aludida, y no la que en anteriores oportunidades sostuvo la Corte Suprema de Justicia, pues es claro que en materia de interpretación jurisprudencial no aplica la favorabilidad.

Así las cosas, cuando no se presenta el reintegro establecido en el artículo 349 del CPP no es posible avalar el allanamiento a cargos como sucede en los preacuerdos, sin embargo atendiendo a que la aceptación de la responsabilidad penal de manera unilateral es un derecho reconocido en el artículo 8° literal I del

«⁴ Negrillas fuera del texto original.»

CPP, debe impartirse legalidad al mismo aun cuando no se cumpla el mencionado reintegro, pero sin la aplicación del descuento punitivo que establece la ley en contraprestación de dicho acto.

Bajo tal entendido, habida cuenta de que la aceptación de cargos debe ser un acto voluntario, consiente y debidamente informado, no hay duda en torno a que el juez de primera instancia debió informar a JHOAN ALEXANDER y a JHONATAN ANDRÉS que para otorgárseles rebaja de pena por el allanamiento a cargos era indispensable que hicieran el reintegro señalado en el artículo 349 del CPP, aclarándoles además que aunque él en su calidad de fallador de primer grado se apartaría del aludido precedente vertical, existía la posibilidad de que se revocara dicho beneficio en segunda instancia, tras la apelación que alguno de los sujetos procesales presentara —como en efecto ocurrió— pero tal situación no se le informó a los AMUD MOSQUERA en ninguna de las etapas procesales, puesto que en la formulación de imputación nada se dijo respecto del reintegro, por el contrario se manifestó que la rebaja de pena a que se harían acreedores en caso de aceptar los cargos en ese momento podía ser hasta del 50% de la condena, y en la verificación del allanamiento, el juez *a quo* se limitó a manifestar que —en su concepto— es procedente la rebaja de pena por dicho acto, apartándose de la jurisprudencia actual al respecto, sin informar a los procesados las otras eventuales situaciones que se podían presentar a pesar de su criterio de ese juzgador, de ahí que JHONATAN ANDRÉS y JHOAN ALEXANDER aceptaron los cargos convencidos de la procedencia de la rebaja de pena anunciada por la judicatura, sin la advertencia de que eventualmente dicho beneficio podía revocarse por el *ad quem* en aplicación del precedente actualmente vigente, al no haber reintegrado el 50% del incremento patrimonial y no haber garantizado el pago del restante.

Lo anterior vició el consentimiento de los hermanos AMUD MOSQUERA, porque de haber conocido que eventualmente la rebaja de pena que el juez otorgaría era susceptible de revocatoria por el juzgador colegiado, probablemente no hubieran aceptado los cargos, de ahí que la falta de claridad frente a ese asunto no permite predicar que el allanamiento haya sido consiente, voluntario y debidamente informado, máxime al evidenciarse que la procedencia del descuento punitivo inquietaba a los procesados de cara a determinar si allanarse o no a los cargos, lo cual se infiere de la pregunta que la fiscalía hizo a la judicatura al respecto —previamente trasliterada— y de la manifestación de la defensa al afirmarle al juzgado:“(…) ellos se van a allanar teniendo en cuenta lo que usted ahorita indicó frente a la rebaja de pena a la que da lugar esta figura”.

Sin que exista duda alguna en cuanto a la existencia del incremento patrimonial en favor de los procesados con la ejecución de los hurtos de las baterías de los aparatos

de telecomunicaciones de las empresas Claro y Tigo, toda vez que de acuerdo con los hechos jurídicamente expuestos en el escrito de acusación dicho incremento ascendió a la suma total de \$57.260.977, por lo tanto JHOAN ALEXANDER y JHONATAN ANDRÉS para obtener rebaja punitiva por allanamiento a cargos deben reintegrar la mitad de dicho monto y garantizar el pago del remanente, lo que en principio conllevaría a revocar el descuento punitivo que otorgó el juez, sin embargo como se indujo a los procesados en error al no informales que tal situación podía presentarse, lo procedente es anular la actuación, al evidenciarse vulneración del debido proceso en un aspecto sustancial que no puede subsanarse de otra manera sino a través del remedio extremo de la nulidad de la actuación irregular que generó la vulneración de las garantías fundamentales a los procesados.

Por lo tanto, se anulará lo actuado desde el momento en que —de acuerdo con el numeral 5° del artículo 356 del CPP— la judicatura informó a JHOAN ALEXANDER y a JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA la posibilidad que tenían en esa etapa procesal de allanarse a los cargos, es decir después de haber admitido las solicitudes probatorias —finalizando la audiencia preparatoria, llevada a cabo el 22 de marzo de 2022— para que se rehaga la actuación y el funcionario de primer grado explique a los procesados la obligación establecida en el artículo 349 del CPP para la procedencia de la rebaja de pena, dejando claramente establecido que, de no cumplir con dicha carga no pueden obtener descuento punitivo alguno por la aceptación unilateral de la responsabilidad penal, garantizando así a JHONATAN ANDRÉS y a JHOAN ALEXANDER el debido proceso.

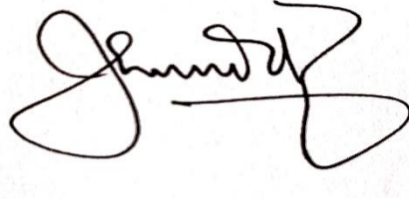
En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

PRIMERO DECRETAR la nulidad desde el momento en que —de acuerdo con el numeral 5° del artículo 356 del CPP— la judicatura informó a JHOAN ALEXANDER y a JHONATAN ANDRÉS AMUD MOSQUERA la posibilidad que tenían en esa etapa procesal de allanarse a los cargos, es decir después de haber admitido las solicitudes probatorias —finalizando la audiencia preparatoria, llevada a cabo el 22 de marzo de 2022— para que se rehaga la actuación y el funcionario de primer grado explique a los procesados la obligación establecida en el artículo 349 del CPP para la procedencia de la rebaja de pena, dejando claramente establecido que, de no cumplir con dicha carga no pueden obtener descuento punitivo alguno por la aceptación unilateral de la responsabilidad penal, garantizando así a JHONATAN ANDRÉS y a JHOAN ALEXANDER el debido proceso.


SEGUNDO Contra la presente decisión no procede recurso alguno, por tanto, se ordena la remisión del expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase



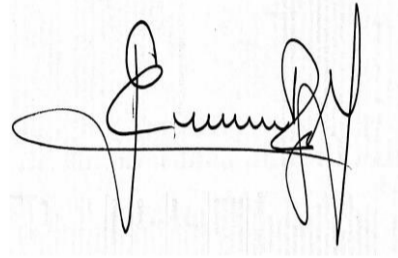
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

Magistrado

LC