El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: NULIDADES PROCESALES / OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLAS / PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN / IMPROCEDENCIA DE INCLUIR PUNTOS NUEVOS AL MOMENTO DE APELAR / CONCRESIÓN AL PROPONERLAS.**

Reclama el recurrente la nulidad de la actuación procesal porque en su sentir se vulneraron el debido proceso y el derecho a la defensa con las actuaciones acaecidas a partir del momento en el que un Juzgado Promiscuo Municipal, con funciones de control de garantías, que no era el competente por el factor territorial, libró las ordenes de capturado en contra de los procesados. Para la Sala no puede ser de recibo tal petición de nulidad procesal porque se está en presencia de un asunto que debió debatirse al momento de realizarse la audiencia preliminar de legalización de la captura del procesado y no ahora…

Decimos lo anterior, porque es necesario recordar que en nuestro sistema procesal penal existe el principio de preclusión o de la eventualidad, el cual es uno de los principios rectores del derecho procesal, el que según las voces del artículo 26 C.P.P. tiene carácter prevalente. (…)

… la Sala dirá que no se pronunciará en lo atinente a quiénes son las víctimas de los hechos acá denunciados, por cuanto ese fue un tema novel propuesto por el recurrente al momento de sustentar la alzada, y por ende la A quo no hizo pronunciamiento alguno frente al mismo y mal haría la Colegiatura entonces en pronunciarse de fondo, más aún cuando hasta el momento, los representantes judiciales de esas entidades no han tenido la oportunidad de explicar las razones por las cuáles se les debe reconocer en este proceso la calidad de víctimas. (…)

En punto del segundo tema propuesto, esto es la necesidad de que se determine la cuantía respecto de la cual se le está endilgando a la señora ECAA el delito de hurto por medios informáticos, resulta necesario recordar que a ella este reato se le imputo en calidad de coautora… lo que quiere decir que ella debe responder no por una mínima parte del total obtenido como resultado del hurto, sino que dado el designio común que hubo entre ella y los demás coautores del delito, todos deben responder por el todo así como por los efectos colaterales que de él se desprendan…

… si lo que siente la Fiscalía es que en definitiva carece de EMP y EF para llevar ante la Judicatura a los encartados en este asunto, esto es a MAID y a ECAA, no a los demás capturados cuyo proceso se adelante por una cuerda procesal diferente, por todos los delitos que les fueran endilgados durante la imputación, entonces el camino que debe elegir no es el de proponer una nulidad absoluta de todo lo actuado, sino el de observar qué puede y que no puede probar y con base en ello entonces solicitar la preclusión de la actuación penal por aquellos reatos que no pueda demostrar tal como lo establece el art. 332 del C.P.P.

Por otra parte, sí consideraba que en el presente asunto tuvo lugar una errónea calificación jurídica, en vez de acudir a la declaratoria de nulidad, acorde con los postulados del principio de la residualidad, podía acudir a la herramienta de la variación de la calificación jurídica, siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos por la línea jurisprudencial que en tal sentido ha trazado la C.S.J…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, cinco (05) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 583

Hora: 3:00 p.m.

Procesado: MAID y ECAA

Radicado: 66001 60 00 058 2018 00250 01

Delito: Hurto por medios informáticos y concierto para delinquir

Procedencia: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve alzada en contra de auto que negó la nulidad del proceso

Tema: Nulidad por violación a garantías fundamentales; Principio de prelación; Competencia de los Juzgados de Control de Garantías; Concurso aparente entre hurto, en la modalidad de delito masa, y concierto para delinquir.

Decisión: confirma auto confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver los recursos de alzada interpuestos por la Fiscalía y los Defensores de los procesados **MAID** y **ECAA**, en contra del auto interlocutorio proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta localidad el día 04 de marzo de 2020, en virtud de la cual no se accedió a las solicitudes de nulidad deprecadas por todos ellos dentro del proceso que se adelanta en contra de los encartados por presuntamente haber incurrido en las conductas punibles de hurto por medios informáticos y concierto para delinquir.

**ANTECEDENTES:**

Da cuenta el escrito de acusación que el día 23 de noviembre de 2018 mediante informe ejecutivo presentado por el Grupo Éxito, sobre la defraudación de la que estaban siendo víctimas a través del programa “Puntos Colombia” que maneja esa cadena; defraudación que se venía haciendo mediante al acceso a las bases de datos de ese programa en donde los implicados obtenían los datos (números de cédula y contraseñas) de personas que tenían gran cantidad de puntos, información que luego era usada para la redención de esos puntos en los almacenes del Grupo Éxito por tarjetas de regalo, licores, electrodomésticos, celulares, entre otros productos. Para lograr concretar esas defraudaciones, los implicados contactaban a cajeros de los distintos almacenes del Grupo Éxito, quienes vulnerando los protocolos establecidos para la redención de puntos, esto es la verificación en físico del documento de identidad de la persona y que fuera esta personalmente quien realizara la redención, procedían a hacer las redenciones de los puntos dejando a los legítimos propietarios de los mismos sin esos puntos, situación que el caso del departamento de Risaralda ascendió a la entrega de mercancía por valor de $600.000.000.oo

Una vez percatados de la situación, se iniciaron las averiguaciones con los cajeros de los diferentes almacenes, quienes indicaron que lo que hacían las personas que lideraban la operación era ofrecerle a cada auxiliar de caja implicado un 10% de las ganancias obtenidas por las redenciones de puntos; igualmente señalaron que el funcionario del SENA MAID era uno de los que lideraban esas operaciones.

Con base en esa información se realizaron las respectivas labores investigativas de BSBD y posterior análisis *Link* a unos abonados celulares, entre esos el perteneciente al señor MAID y al de señora ECAA, la que figuraba en la hoja de vida del señor MAID como su compañera sentimental, quien se descubrió que colaboraba con las operaciones realizadas por su compañero permanente al que le ayudaba a conseguir las personas que se presentarían a los distintos almacenes del Grupo Éxito a redimir los puntos por mercancía.

Dado lo anterior, y de acuerdo a los EMP y EF legalmente obtenida, se solicitó la expedición de órdenes de captura en contra de quienes fueron identificados como participes de las operaciones de defraudación ya descritas entre ellos el señor MAID y la señora ECAA; fue así como el 28 de agosto de 2019 en el municipio de Belén de Umbría-Rda., se realizó la captura de seis de los implicados, quienes aceptaron los cargos que se les endilgaron en la audiencia de imputación. Por su parte MAID se entregó voluntariamente el 19 de septiembre de 2019 y el 01 de octubre de ese mismo año, se dio la entrega voluntaria de ECAA.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Un día después de la entrega voluntaria de MAID, esto es el 20 de septiembre de 2019, se realizaron ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del señor MAID, a quien se le enrostraron cargos como coautor y a título de dolo de las conductas punibles de concierto para delinquir (art. 340 inc. 3º del C.P.), en concurso heterogéneo con acceso abusivo a un sistema informático (art. 269A del C.P.) y hurto por medios informáticos y semejantes (art. 269I del C.P.), cargos que no fueron aceptados por el imputado. Se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia.
2. Las audiencia concentradas en contra de la señora ECAA, tuvieron lugar los días 02, 03 y 04 de octubre de 2019, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, en donde después de haberse declarado legal su captura se procedió a escuchar la imputación de la Fiscalía quien le enrostró cargos a la mencionada dama por su presunta participación como autora a título de dolo en los delitos de concierto para delinquir agravado por “promover” (art. 340 inc. 3 del C.P.) en concurso heterogéneo con hurto por medios informáticos, verbo rector “suplantar al usuario”, en calidad de coautora (art. 269I del C.P.), y con el delito de violación de datos personales, verbo rector “emplear códigos personales y obtener información”, en calidad de coautora (art. 269F ibídem), cargos que no fueron aceptados por la acriminada. Se le impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria, la cual fue revocada en segunda instancia ante la apelación de la Fiscalía quien había solicitado la detención en establecimiento carcelario.
3. La Fiscalía presentó el escrito de acusación el 19 de diciembre de 2019, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, despacho que fijó como fecha para la realización de la audiencia de acusación el día 06 de febrero de 2020, misma que fuera aplazada en varias ocasiones por petición de las partes. De tal manera, dicha vista se logró instalar el 04 de marzo de 2020, en esa oportunidad una vez se les concedió la palabra a las partes para que manifestaran posibles causales de incompetencia, impedimento, recusaciones o nulidades, tanto los defensores de los procesados como la delegada del Ente Acusador, procedieron a solicitar la nulidad del proceso, cada uno manifestando distintas razones para ello así:

* **La Fiscalía,** solicitó la nulidad de lo actuado desde la imputación por violación al debido proceso, toda vez que el Fiscal que realizó la imputación se equivocó en la calificación jurídica dada a los hechos denunciados, pues a la fecha, la FGN no está en la capacidad de demostrar la existencia de esas conductas punibles en cabeza de los aquí procesados, lo que podría resultar en que los hechos que se les han endilgado se enmarquen en otra adecuación típica; conclusión a la cual llegó después de haber analizado las pruebas existentes hasta el momento, las cuales considera escasas para sustentar el juicio oral. Además la cuantía que se indicó en el escrito de acusación, $600.000.000.oo, no concuerda con lo que realmente fue apropiado por los aquí acusados y ese monto aun no logra determinarse pues se requiere para ello un dictamen pericial que todavía está pendiente. Dado lo anterior, indicó que se hace necesario el decreto de la nulidad de lo actuado desde la imputación para de esa manera proceder a la recolección de nuevos EMP y EF que permita realizar una adecuada calificación jurídica.
* **El apoderado judicial del señor MAID**, solicitó se decrete la nulidad de todo lo actuado dentro de este asunto, ya que las órdenes de captura dictadas en la presente investigación fueron dictadas por un Juzgado de un municipio diferente al lugar de ocurrencia de los hechos, pues la emitió el Juzgado Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, quien no era competente para ello, lo que implica que las mismas son nulas de acuerdo a lo establecido en los art. 455 y 457 del C.P.P., y por ende, al ser ilegales esas órdenes de capturas todas las actuaciones posteriores y que dependen de ellas son nulas por violación al debido proceso.
* Por su parte, el Defensor de la señora **ECAA** pidió la nulidad de lo actuado hasta el momento en el presente asunto en aplicación a lo establecido en el art. 457 del C.P.P. por cuanto en la calificación jurídica planteada por la Fiscalía no concuerdan lo fáctico con lo jurídico, pues se infló la imputación enrostrando cargos a su representada por delitos antagónicos, delito masa y concierto para delinquir, lo cual va en contra de los derechos de los procesados. Además al imputarse un delito contra el patrimonio, como lo es el hurto por medios informáticos, se debió especificar en cabeza de quién se dio la apropiación y la cuantía de la misma, pues en el presente asunto, como lo indicó la Fiscalía, se habló en abstracto de una cuantía de $600.000.000.oo, sin indicar en concreto de esa suma cuánto se supone que se apropió cada uno de los presuntamente implicados en el asunto, lo que a su vez redunda en un perjuicio para el procesado, pues el no saber la cuantía de la que es responsable le impide poder indemnizar a la víctima y obtener así descuentos punitivos e incluso le sesga la posibilidad de poder solicitar una preclusión por indemnización en los términos del art. 42 de la Ley 600 que todavía se aplica. En ese orden de cosas, es necesario que la Fiscalía realice una adecuada imputación a su representada, indicándole en concreto el monto del cual se dice ella se apropió, para de esa manera ella poder analizar una posible aceptación de cargos, además de poder plantear una adecuada estrategia defensiva.

También señaló que en los procesos de las otras personas que fueron capturadas por estos mismos hechos, con quienes hubo una ruptura de la unidad procesal porque aceptaron cargos, se declararon nulas esas aceptaciones por la rebaja de pena que la Fiscalía les ofreció, y ante esa situación todos ellos se quedaron sin imputación; por otra parte, se tiene que dos de esas personas, que deberían ser coacusados con los aquí procesados, pero cuyo proceso se estaba tramitando ante otro Despacho a pesar de son los mismos hechos acá juzgados, aparecen relacionados en el escrito de acusación como testigos en este asunto, lo que vulnera el fin del proceso y los derechos constitucionales de las personas, situación que debe ser subsanada uniendo todos los procesos en contra de todos los indiciados por este mismo asunto, a fin de sea tramitado bajo una misma cuerda procesal, lo que implica que debe comenzar de nuevo toda la actuación.

Una vez terminaron sus intervenciones los solicitantes se le concedió la palabra a los abogados representantes de las entidades víctimas, esto es de Puntos Colombia S.A.S. y Almacenes Éxito S.A. quienes indicaron no estar de acuerdo con ninguna de las peticiones de nulidad. En cuanto a la de la Fiscalía, consideraron que la Delegada de la FGN no explicó con claridad su petición, además de que no indicó cuál causal de nulidad estaba invocando, y si lo que pretende es evitar un error en la adecuación típica de la imputación, de llegar a existir tal cosa, cuenta todavía con la audiencia de acusación para corregir, modificar o hacer las variaciones que considere pertinentes a la acusación. Adicionalmente, consideran que no es cierto que la Fiscalía no cuente con suficientes EMP y EF para sustentar el juicio, pues las compañías afectadas con el actuar de los procesados, le hicieron entrega al Ente Acusador de todas las pruebas recaudadas por ellos.

Respecto a lo argumentado por el defensor de MAID, indicaron que ese tema es algo que debió ventilar al momento de la realización de las audiencias de control de garantías y no en esta etapa del proceso, además de que en ninguna parte la norma indica que las órdenes de captura deben ser expedidas por un Juzgado del lugar de ocurrencia de los hechos, de tal manera en aplicación de lo establecido en el art. 39 del C.P.P. quien expidió esas órdenes de captura sí era competente para hacerlo.

Finalmente en cuanto a la petición de nulidad deprecada por el defensor de la señora ECAA, consideraron que en este asunto no resulta trascendental definir la cuantía porque no se está ante un único delito contra el patrimonio económico, sino que a ella se le han endilgado otros delitos que no se pueden simplemente eludir indemnizando a la víctima, como lo es el reato de violación a redes que contienen datos personales y el concierto para delinquir.

Por su parte los Defensores se mostraron conformes con las peticiones de nulidad realizadas en la diligencia y se adhirieron a las mismas. La Fiscalía prefirió guardar silencio frente a lo pedido por los Defensores de los procesados.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como bien se dijo se trata de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal Circuito local, en el devenir de la audiencia celebrada el 04 de marzo de 2020, en la cual no se accedió a las solicitudes de nulidades deprecadas por la Fiscalía y los Defensores de los procesados en el presente asunto, quienes pretendían la anulación de todo lo actuado, sustentados en el argumento consistente en que básicamente se les está vulnerando el debido proceso, por distintas razones, a los encartados en este asunto.

* **En lo concerniente a la petición de nulidad pedida por la Fiscalía**, consideró la *A quo* que no era viable acceder a ella por cuanto la delegada del Ente Acusador en realidad no logró explicar en qué consiste el supuesto desfase en que se incurrió al momento de la imputación, pues teniendo en cuenta los hechos narrados en el escrito de acusación lo que se observa es que los delitos imputados a los procesados corresponden con los mismos. Aunado a ello, si la Fiscal consideraba que no tenía elementos probatorios suficientes para sustentar su teoría del caso lo que debía hacer, aunque no sea lo más ortodoxo, era retirar el escrito de acusación para proceder a reacomodarlo. Por otra parte, ella tiene aún otra alternativa para resolver esa imputación de cargos que considera fue inflada, y es hacer una readecuación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes imputados a los procesados, durante la audiencia de acusación, para de esa manera adecuarlos a los delitos que considera sí son aquellos en que incurrieron los procesados. Frente al tema que considera no se cuentan con las suficientes pruebas para sustentar el juicio, ello parece no ser tan así, puesto que con base en esas mismas pruebas que ella ahora cataloga de pocas es que se dictaron medidas de aseguramiento en contra de los encartados en la fase de control de garantías, lo que implica, que esos EMP y EF con que cuenta en la actualidad la Fiscalía sí tienen la capacidad mínima suficiente para demostrar con probabilidad de verdad que los aquí imputados sí cometieron los delitos que se les han endilgado; además de ello, si en este momento a la Fiscalía le faltan elementos probatorios, como lo es el informe pericial para demostrar la cuantía de lo que se apropiaron los procesados, todavía tiene tiempo de allegarlo al juicio.

* En cuanto a la solicitud de nulidad propuesta por el Defensor de **MAID**, indicó lo inviable de la misma toda vez el artículo 39 del C.P.P. no limita la función del Juez de Control de Garantías al lugar de ocurrencia del delito como ocurría antes de que se modificara esa norma, sino que esa función puede ser ejercida por cualquier Juez de esa categoría del país. Para el caso concreto, se tiene que las órdenes de captura en contra de los aquí procesados fueron expedidas por un Juez de Belén de Umbría y no por uno de Pereira en donde ocurrieron los hechos, situación que como ya se indicó está permitida, tanto así que lo que ha indicado la Corte al respecto es que la Fiscalía debe indicar las razones por las cuáles no acude ante un Juez de control de garantías del lugar de los hechos, lo cual debió realizar el Fiscal dentro del presente asunto cuando solicitó ante el Juez Promiscuo Municipal de Belén de Umbría la expedición de las mencionadas órdenes de captura, y si ese funcionario judicial no se opuso a ese pedido debe ser que esa justificación era válida. Por otra parte, cuando se analiza la legalidad de una orden de captura lo que se debe mirar es por ejemplo que la persona en contra de quien se dirige la orden esté plenamente identificada, que haya sido expedida por un Juez con funciones de control de garantías y que no se hubiesen vulnerado derechos o garantías fundamentales del procesado.
* **Frente al pedido de nulidad del Defensor de la señora ECAA**, empezó la *A quo* por indicar que no es cierto, como lo afirmó el Letrado, que los demás procesados por estos mismos hechos se encuentren en este momento sin imputación, pues lo que hizo la Jueza Segunda Penal del Circuito de Pereira que tiene a su cargo ese proceso, en la audiencia del 29 de enero de este año, fue decretar la nulidad a partir de la aceptación de cargos pero no desde la imputación, pues ello son dos actos distintos a pesar de que se den en la misma diligencia. Aunado a ello, no es cierto como lo pretende hacer ver el solicitante, que los procesos deban llevarse de manera conjunta por tratarse de los mismos hechos, pues a pesar de ser ello el ideal, se debe tener en cuenta que en muchas ocasiones cuando hay pluralidad de procesados y en contra de ellos se emiten órdenes de captura, no todos son aprehendidos al mismo tiempo y por ello se hace necesario juzgarlos en procesos separados, como sucedió en este asunto en el que los aquí procesados se entregaron a las autoridades después de sus demás compañeros de causa. Ahora bien, si en algún momento de la actuación ambas causas penales se pueden unir porque aquellos cuya aceptación de cargos se anuló, no pueden responder por el 50% de lo apropiado para hacerse merecedores a la rebaja de pena, entonces podría decretarse la conexidad de los procesos para tramitar un solo asunto en contra de todos los involucrados en los hechos denunciados, de tal manera que el que en este momento ello no se haya realizado no es una razón para decretar la nulidad de este proceso.

Por otra parte, en punto de que el delito masa y el concierto para delinquir se excluyen entre sí y por ende no se puede acusar por ambos a los procesados, tal situación es algo que el abogado de la señora ELINA podrá discutir si se llega al juicio oral, pues de momento el que la acusación esté planteada en tales términos no implica una vulneración de derechos o garantías fundamentales de la procesada.

De esa manera concluyó la *A quo* que no encuentra en lo alegado por los solicitantes razón alguna para declarar la nulidad de todo lo actuado dentro de este asunto, razón por la cual no accedió a ninguna de las peticiones invocadas por los solicitantes.

Inconformes con las decisiones, tanto la Fiscalía interpuso recurso de apelación al igual que el defensor de ECAA, por su parte el abogado de MAID interpuso como principal el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

**EL RECURSO DE REPOSICIÓN:**

Respecto al recurso de reposición interpuesto por el abogado de MAID, indicó ese Letrado que lo argüido por la Jueza *A quo* sí bien es cierto se basaba en el contenido del art. 39 del C.P.P. solo tomó de ese el inciso 1º de la misma, desconociendo lo establecido en el parágrafo 2º de esa norma que habla de la exclusividad de los jueces de control de garantías dentro de los circuitos a los que pertenezcan, de tal manera solo un juez de control de garantías de Pereira podía haber expedido las órdenes de captura en contra de su prohijado y los demás procesados, excluyendo de esa manera cualquier competencia que pudieran tener los jueces con funciones de control de garantías de otros lugares, en especial si se tiene en cuenta que los hechos sucedieron en la ciudad de Pereira, que estas personas fueron detenidas en esta misma ciudad y que además todos los EMP se encuentran acá, en donde además hay más de cuatro jueces de control de garantías. Dado lo anterior consideró que es evidente la violación al debido proceso como derecho fundamental de su representado, de tal manera solicita se revoque la decisión de instancia.

Frente a lo anterior los demás sujetos procesales, excepto la Fiscal, decidieron guardar silencio. De esa manera, indicó la Delegada del Ente Acusador que a su parecer sí tiene incidencia dentro del asunto de la referencia el que su antecesor en este proceso solicitara la expedición de las órdenes de captura en contra de los encartados en un lugar diferente a Pereira, puesto que no se evidencia razón alguna para que ello se hiciera pues no existe nada que indicara que se encontraba dentro de algunas de las excepciones dispuestas por la norma para ello.

La decisión del Juzgado *A quo* al desatar el recurso horizontal fue la de no reponer su laudo inicial, porque a su juicio si bien es cierto el art. 39 del C.P.P. indica que se debe preferir al juez de control de garantías del lugar de los hechos, ello no implica que no se pueda acudir a uno de un sitió diferente, de tal manera lo que se debe observar es si existió con ello una vulneración a los derechos fundamentales del procesado, situación que a pesar de lo dicho por el recurrente en este caso no se presentó, por cuanto lo que se solicitó en Belén de Umbría fue la expedición de las órdenes de captura y esas son audiencias reservadas en las cuales la parte afectada con las mismas no tiene participación alguna, como para decir que por haberse realizado en un lugar diferente se le cercenó el derecho de defensa. Aunado a ello, se desconocen las razones por las cuáles el Fiscal solicitó la expedición de esas órdenes de captura en Belén de Umbría, y acá las mismas no se han cuestionado pues además debieron de ser validas toda vez que el Juez de dicha municipalidad accedió a ello. Igualmente indicó que no se puede pasar por alto que el sistema penal acusatorio es de etapas preclusivas, y por tanto la nulidad de esas órdenes de captura debió solicitarse al momento de la audiencia de legalización de la captura, las cuales se hicieron acá en Pereira, la posición de la defensa fue pacífica y no se interpusieron recurso ni se expuso lo que ahora se pretende argumentar como razón para la nulidad. En ese orden de cosas, la única razón válida para decretar una nulidad por esa causa en estas instancias procesales, sería que las órdenes de captura se hubiesen expedido por alguien distinto a un juez de control de garantías.

**LAS ALZADAS:**

**- Los argumentos del disenso invocados por la Fiscalía** para solicitarle al *Ad quem* la revocatoria de la decisión de primera instancia y por ende el decreto de la nulidad pedida, básicamente son los siguientes.

* No a todas las personas capturadas dentro del presente asunto se les puede endilgar el delito informático, puesto que la participación de algunos de ellos en los hechos materia de investigación solo consistía en omitir realizar algunas verificaciones de seguridad para la redención de los puntos Colombia por mercancía.
* Al tratarse de delitos contra el patrimonio económico sí es necesario que se establezca la cuantía de lo apropiado por cada uno de los intervinientes en el delito, y no que se les endilgue el total de lo apropiado, para efectos de que ellos puedan indemnizar y acceder a beneficios de rebaja de pena, como se ha establecido en distintos pronunciamientos jurisprudenciales.
* No es justo que a todos los involucrados en este asunto se les pretenda hacer responder por los 600 millones de que se habla en este proceso, pues no todos ellos tuvieron la misma participación dentro de la acción criminal y mucho menos se lucraron con ello de la misma manera.
* Si bien es cierto existe el dictamen pericial que indica el valor total de la mercancía entregada por las víctimas a los involucrados en los hechos referidos, dicho dictamen requiere ser aclarado a fin de poder indicarle a cada procesado el monto real de aquello que se dice se apropió y cuál fue su participación en esos hechos, igualmente cuáles delitos son los que se le están endilgando, ello en aras de garantizar los derechos al debido proceso y legítima defensa.
* Tanto la calificación jurídica como la imputación deben ser claras, entonces no se puede decir, tan fácilmente como lo indicó la Jueza en su decisión, que en la acusación se pueden hacer las correcciones necesarias, pues el hecho de que la Fiscalía llegue a la acusación con una imputación inflada puede dar pie a futuras absoluciones o nulidades que es lo que la Fiscalía desea evitar, realizando una investigación clara frente a esos aspectos.

**- El Defensor de la señora ECAA**, solicitó se revoque la decisión de instancia y en su lugar se decrete la nulidad desde la imputación por lo siguiente:

* Es evidente que los delitos de concierto para delinquir no puede endilgarse como concursante con un delito masa, porque ellos se excluyen entre sí. Igualmente, indicó que tampoco se debió imputar el delito de violación de bases de datos porque el mismo no encuentra asidero dentro de los EMP con que cuenta la Fiscalía.
* En el presente asunto la imputación fue inflada, siendo esto tan evidente que la misma Fiscal que asumió el conocimiento del caso después de las diligencias de control de garantías, también lo considera así; de tal manera que al no poderse presentar censura alguna al momento de la realización de la imputación, resulta ser la acusación el momento para solicitar la nulidad de esa imputación.
* En aras de humanizar la actuación judicial, debe declararse la nulidad ahora, pues no tiene sentido pasar por todo el juicio para que al final sea el juez de conocimiento el que determine que en este caso se debe dar una absolución o una nulidad por la indebida calificación jurídica dada a los hechos investigados.

* Fue una jugada del Delegado del Ente Acusador que realizó la imputación, el endilgar los cargos como lo hizo, pues es claro que con ello, aunque se absolviera a la procesada por uno de esos dos delitos, hablando del concierto para delinquir y el delito masa, igual se vería enfrentada a una pena bastante alta con restricciones frente a beneficios administrativos, dada la naturaleza de los reatos enrostrados.
* Es necesaria la individualización de la cuantía apropiada por cada uno de los encartados, ya que acá al no tratarse de un hurto calificado, ellos tienen la posibilidad de indemnizar a la víctima y con ello poder acudir a la judicatura para pedir la preclusión de la actuación en su contra; aunque si se insiste con mantener esa imputación inflada que se tiene hasta el momento también se le estarían cerrando a los procesados las puertas para buscar la terminación de los procesos en su contra, ya que esos delitos que no debieron serles imputados lo impedirían.
* Considera que en presente caso las víctimas no son ni Puntos Colombia ni el Grupo Éxito, sino cada uno de aquellos terceros indeterminados a quienes se les sustrajeron sus puntos para redimirlos de forma fraudulenta, entonces serían esas personas indeterminadas a quienes se les deberían resarcir los daños o pagárseles aquellos puntos que tenían y que les fueron presuntamente sustraídos por los procesados, pues finalmente los puntos ya les habían sido otorgados a ellos por los almacenes Éxito cuando esas personas hicieron sus compras.
* En cuanto al tema de la conexidad, indicó que la misma operaría en este punto como subsidiaria para enderezar la actuación procesal y poder juzgar a todos los involucrados en este asunto bajo una misma cuerda procesal, toda vez que dada la nulidad de la aceptación de cargos de quienes son imputados en el proceso que conoció el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira por estos mismos hechos, entonces ese asunto aún no llega a la fase de acusación como para que la Fiscalía solicite la conexidad de ambas causas, y tampoco se encuentra ninguno de los dos procesos en la fase preparatoria como para que lo solicite la defensa, de allí, que sea este el momento preciso para, a través de la nulidad, volver a unir ambas procesos para que sean tramitados bajo una sola cuerda procesal.

El defensor del señor de MAID indicó que los mismos argumentos expuestos al sustentar la reposición son los de la apelación.

**LAS RÉPLICAS:**

**- La representante de Almacenes Éxito**, solicitó al *Ad quem* confirmar la decisión de primer nivel, toda vez que:

* Tal como lo señaló la *A quo*, desde las audiencias preliminares existen suficientes EMP para enarbolar una inferencia razonable sobre la existencia en el presente asunto de varios delitos que protegen igual cantidad de bienes jurídicos; y es que no se puede decir que no existió un concierto para delinquir como pretenden hacerlo ver los apelantes, pues es claro que en el presente asunto un grupo de personas se concertó para cometer los delitos, pues mientras unos obtenían la información de las bases de datos, otros eran los encargados de hacerse pasar por los titulares de esos puntos y unos cajeros de los almacenes Éxito, que también eran parte del gripo delictual, eran quienes omitían los protocolos de seguridad de las tiendas y del programa Puntos Colombia para permitir la materialización de las conductas punibles.
* La Fiscalía cuenta con los EMP y EF necesarias para establecer e indicar de manera concreta cuál fue la participación de cada uno de los procesados dentro de las conductas endilgadas, entonces no se entiende por qué pide una nulidad, si bastaría con que analizara mejor esas pruebas para realizar las correcciones en la acusación.
* No se ha llegado todavía a la materialización de la acusación que es el momento procesal oportuno en que tanto el representante del programa Puntos Colombia como ella en su calidad de representante judicial de Almacenes Éxito, expondrán las razones por las cuáles son ellos las víctimas de los delitos acá investigados y no los clientes titulares de los puntos canjeados fraudulentamente, información que además está contenida en los expedientes que se le entregaron a la Fiscalía, en los cuáles además están los datos de los clientes a quienes sus puntos les fueron defraudados y devueltos por parte del almacén y el programa Puntos Colombia, una vez se supo que no habían sido ellos como titulares de los mismos quienes los cambiaron. Pero es que además tanto Puntos Colombia como Almacenes Éxito no son solo víctimas por el delito de hurto por medios informáticos, sino también por el reato de acceso abusivo a sus bases de datos, que además causó muchos inconvenientes a nivel interno de la empresa, en especial porque esa vulneración a las bases de datos se dio no solo en el Eje Cafetero sino también en otras zonas del país.
* Aunque se indicará de manera concreta cuánto fue lo que la señora ECAA se apropió con el hurto, ella no sería beneficiaria de una preclusión por indemnización a la víctima según las voces del art. 42 de la Ley 600 de 2000, por cuanto el delito que se le está endilgando no es un hurto simple, sino un delito que ni siquiera estaba contemplado dentro de la legislación penal cuando se expidió esa norma.

El representante del Programa Puntos Colombia decidió no hacer ninguna manifestación como no recurrente.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

De la sustentación de los recursos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se debe decretar la nulidad de todo lo actuado dentro del presente asunto por violación a garantías fundamentales de los procesados, de acuerdo a las manifestaciones realizadas por quienes solicitaron las nulidades, o por el contrario, fue acertada la decisión de la Juez A-quo de rechazar cada una de las solicitudes de nulidad que se le hicieron?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que en el presente asunto las pretensiones de los recurrentes giran en torno de reclamar la nulidad del proceso, la Sala para poder desatar las alzadas necesariamente abordara las hipótesis de nulidades procesales que impliquen una mayor cobertura con el retrotraimiento de la actuación procesal, porque en el evento de ser exitosa, por economía procesal, relevaría a la Colegiatura de asumir el conocimiento de las demás peticiones de nulidades procesales las cuales estarían abarcadas por la de mayor entidad en el espectro procesal.

Lo anterior es una consecuencia del principio de la *prioridad*, en virtud del cual, según ha dicho la Corte:

“Las nulidades ostentan un carácter preferente en relación con las demás causales de casación que conlleva a su invocación como principal, condición que también debe observarse al pretender postular diversas situaciones bajo esta causal y que obliga a señalar primero el vicio que mayor irradiación haya tenido en el proceso y después, como es apenas lógico, progresivamente los de menor cobertura o alcance…”[[1]](#footnote-1).

Acorde con lo antes expuesto, implicaría que la Sala deba desatar las alzadas en el siguiente orden: a) El recurso de apelación interpuesto por el Letrado que representa los intereses del procesado MAID, quien reclama la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preliminar de legalización de captura; b) El recurso de apelación interpuesto por la Defensa de la procesada ECAA, quien depreca por la nulidad del proceso a partir de la audiencia preliminar de formulación de la imputación; c) El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, por cuanto de ser exitoso, implicaría una nulidad parcial de la actuación en lo que atañe con el delito de hurto, pero dejaría indemne la acusación en lo que tiene que ver con los demás reatos presuntamente enrostrados a los acusados.

1. El recurso de apelación interpuesto por el Letrado que representa los intereses del procesado MAID.

Reclama el recurrente la nulidad de la actuación procesal porque en su sentir se vulneraron el debido proceso y el derecho a la defensa con las actuaciones acaecidas a partir del momento en el que un Juzgado Promiscuo Municipal, con funciones de control de garantías, que no era el competente por el factor territorial, libró las ordenes de capturado en contra de los procesados. Para la Sala no puede ser de recibo tal petición de nulidad procesal porque se está en presencia de un asunto que debió debatirse al momento de realizarse la audiencia preliminar de legalización de la captura del procesado y no ahora, pues ese era el momento procesal idóneo para cuestionar sí el Juzgado que expidió las órdenes de captura en contra de los involucrados en los hechos acá descritos, era o no competente para hacerlo desde el punto de vista territorial, toda vez que los hechos tuvieron ocurrencia en la ciudad de Pereira y no en el municipio de Belén de Umbría, donde fueron finalmente expedidas dichas órdenes.

Decimos lo anterior, porque es necesario recordar que en nuestro sistema procesal penal existe el principio de preclusión o de la eventualidad, el cual es uno de los principios rectores del derecho procesal, el que según las voces del artículo 26 C.P.P. tiene carácter prevalente.

Según dicho principio:

“Se entiende por tal *(sic)* división del proceso en una serie de momentos o periodos fundamentales, que algunos han calificado de compartimientos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez de manera que determinados actos procesales deben corresponder a determinado periodo, fuera del cual no pueden ser ejercitados y si se ejecutan no tiene validez. Es una limitación que puede ser perjudicial para la parte que por cualquier motivo deja de ejercitar oportunamente un acto de importancia para la suerte del litigio….”[[2]](#footnote-2).

En igual sentido, de vieja data, la Corte ha expuesto lo siguiente:

“En efecto, el debido proceso obedece a una sucesión ordenada y preclusiva de actos, que no son solamente pasos de simple trámite, sino verdaderos actos procesales, metodológicamente concatenados en orden a la obtención de su precisa finalidad, por lo tanto, obedece a unas reglas preestablecidas, las cuales de ninguna manera el arbitrio habrá de reemplazar, puesto que se han promulgado precisamente para limitar la actividad del juez y para preservar las garantías constitucionales que permitan un orden social justo…”[[3]](#footnote-3).

A la luz de lo que se viene diciendo, la supuesta irregularidad alegada por el defensor de MAID, es algo que, como ya se indicó, debió exponerse durante la audiencia de legalización de captura, pues ese era el momento procesal idóneo para cuestionar las razones que en su momento debió alegar el Fiscal Delegado que solicitó la expedición de esas órdenes de captura en el municipio de Belén de Umbría y no en la ciudad de Pereira, que es el lugar de ocurrencia de los hechos delictuales; sin embargo es evidente que tal supuesta irregularidad no se alegó en ese momento por el defensor del señor MAID, y si bien es cierto que para esa diligencia quien representó jurídicamente al procesado de marras fue un Letrado diferente a quien hoy funge en tal encargo, ello no puede tomarse como una razón para revivir una etapa procesal ya finiquitada, más aun cuando es claro que quien intervino en esa diligencia no avizoró irregularidad alguna respecto de la expedición de las órdenes de captura y por ello no dijo nada al respecto ni interpuso recurso alguno en contra de la decisión que declaró legal la misma.

Aunado a lo anterior, considera la Colegiatura que la discusión propuesta por el recurrente en punto de ese tema, y la cual fue respaldada en cierta medida por la Fiscal del caso, resulta ser bizantina e irrelevante, por cuanto la misma fue superada a partir de las reformas que al artículo 39 C.P.P. le introdujo el artículo 48 de la ley 153 de 2011, en virtud de la cual en la actualidad se tiene por entendido que los Jueces de Control de Garantías tienen una especie de competencia en todo el territorio nacional, pero que la función de control de garantías preferentemente debe ser ejercida por el Juez del lugar donde se cometió la conducta.

En tal sentido la Corte ha dicho:

“En tales condiciones, resulta fácil advertir que la regla general, consiste en que la función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal, tal como se extrae del primer inciso del artículo 39.

(:::)

Es cierto que el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 3° de la Ley 1142 de 2007, reglaba que la función de garantías debía ser ejercida por un juez penal municipal del lugar donde se cometió el delito, pero tal condicionamiento desapareció con la Ley 1453 de este año.

No obstante lo anterior, la Corte debe precisar que tal modificación normativa no puede llevar al despropósito de que la escogencia del juez de control de garantías sea un acto arbitrario o caprichoso de las partes e intervinientes, alejado de todo criterio razonable, pues ello implicaría autorizar la libre elección del juez, lo que comprometería la objetividad de la Fiscalía y podría generar también afectación del derecho a la defensa, cuando se acuda a un juez de garantías muy alejado o de difícil acceso para el implicado.

De tal manera, es menester puntualizar que la función de control de garantías preferentemente debe ser ejercida por el juez del lugar donde se cometió la conducta. Sin embargo, ello no obsta para que pueda cumplirla un funcionario de territorio diferente, siempre que exista alguna circunstancia especial que aconseje no acudir ante el juez del sitio donde ocurrió el hecho, como cuando el sujeto haya sido aprehendido en área distinta, o se encuentre privado de la libertad en establecimiento carcelario de lugar diferente al de la comisión del acontecer fáctico, o sea en otro territorio donde deban recopilarse las evidencias físicas o los elementos materiales probatorios pertinentes al caso…”[[4]](#footnote-4).

Acorde con lo anterior, sí bien es cierto que lo acontecido con las órdenes de captura podría generar ciertas suspicacias, por cuanto quien tenía prelación para librarlas eran los Juzgados Penales Municipales, con funciones de control de garantías, que operan en Pereira, debido a que en esta municipalidad fue en donde ocurrieron los hechos y no en el municipio de Belén de Umbría, de todas maneras, en el remotísimo evento en el que le asista la razón al apelante, mal haría la Sala en decretar una nulidad con base en lo pedido por el Defensor del señor MAID, cuando se desconocen las razones que tuvo la Fiscalía en su momento para solicitar la expedición de las órdenes de captura en contra del procesado de marras y los demás encartados en este asunto en el municipio de Belén de Umbría y no en la ciudad de Pereira, pues jamás el solicitante informó a la *A quo* ni mucho menos a esta Colegiatura sobre los argumentos a los que acudió la Fiscalía para proceder en tal sentido, por lo que a la hora de ahora no podemos saber sí los mismos eran o no validos o sí tenían o no alguna justificación.

Con base en todo lo que se ha dicho en precedencia, para la Sala no puede prosperar la petición de nulidad procesal deprecada mediante el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del procesado MAID.

**2. La alzada interpuesta por la Defensa de la procesada ECAA:**

Teniendo en cuenta lo manifestado por este Letrado en sus intervenciones, encuentra la Sala que él pone sobre la mesa varios puntos diferentes por los cuales considera se debe decretar en este asunto la nulidad no solo en favor de su representada sino de todos los involucrados en los hechos que aquí se han narrado; es así como se tiene que este abogado expuso: i) la imputación de dos delitos excluyentes entre sí; ii) la indeterminación de la cuantía apropiada por su representada en lo referente al delito de hurto por medios informáticos; y iii) la necesidad de decretar la conexidad de este proceso con el otro que se lleva en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira en contra de los demás capturados por estos mismos hechos. Como tema adicional, durante su apelación este recurrente expuso si en realidad la calidad de víctimas en ente proceso la ostentaban Puntos Colombia y Almacenes Éxito o unos terceros indeterminados.

Para aclarar lo anterior, de entrada la Sala dirá que no se pronunciará en lo atinente a quiénes son las víctimas de los hechos acá denunciados, por cuanto ese fue un tema novel propuesto por el recurrente al momento de sustentar la alzada, y por ende la *A quo* no hizo pronunciamiento alguno frente al mismo y mal haría la Colegiatura entonces en pronunciarse de fondo, más aún cuando hasta el momento, los representantes judiciales de esas entidades no han tenido la oportunidad de explicar las razones por las cuáles se les debe reconocer en este proceso la calidad de víctimas.

Ahora bien, en cuanto al primero de los temas argüidos por el censor, esto es el de los delitos que se excluyen entre sí, se debe decir que si bien esto se postuló, en momento alguno el defensor de la señora ECAA explicó ni mucho menos indicó de forma clara, por qué razones considera que uno de los delitos endilgados a su prohijada es un delito masa, pues se limitó a mencionar que ese reato se excluiría con el concierto para delinquir que también se le imputó.

La Sala entiende que lo que el apelante con sus tesis quiso decir es que en el presente asunto pudo tener lugar un concurso aparente de tipos entre los delitos de hurto, en la modalidad del delito de masa, y el delito de concierto para delinquir, lo que obviamente, como todo concurso aparente insoluble de tipos penales podría generar una vulneración del debido proceso en lo que atañe al principio del *nom bis ibídem.*

Pero pese a lo anterior, para la Sala la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente está llamada al fracaso, porque con la misma pretende confundir dos temas absolutamente diferentes como lo son la pluralidad de sujetos activos que es propia del delito de concierto para delinquir con la pluralidad de sujetos pasivos que caracteriza al delito masa. Así tenemos que el delito de concierto para delinquir, acorde con la descripción típica que trae el artículo 340 C.P. se trata de un delito plurisujetivo, por lo que para su adecuación típica se requiere de la necesaria intervención de varios autores. Mientras que la figura del delito masa, consagrado en el parágrafo del artículo 31 del C.P. el cual es una modalidad del delito continuado, se requiere que los homogéneos actos delictivos perpetrados con unidad de designo por el sujeto agente, acorde con un plan criminal preconcebido, recaigan sobre un grupo indeterminado de personas, las cuales fungirían como sujetos pasivos del reato.

Sobre esta modalidad delictiva, la doctrina ha dicho:

“El sujeto activo del tipo, mediante unidad de conducta en sentido amplio que abarca una o varias actuaciones comisivas engañosas individuales o conjuntas organizadas, ejecuta un plan criminal previo dirigido a causar un menoscabo acumulado (un desvalor de resultado unitario) contra los bienes jurídicos de un colectivo de personas entendido como un “sujeto masivo, compuesto o grupal de hecho”, todo ello precedido por un ánimo de lucro que abarca la cuantía total defraudada o despatrimonializada. Desde este punto de vista, el delito masa constituye una auténtica modalidad agravada especial del delito continuado…”[[5]](#footnote-5).

Acorde con lo anterior, para la Sala es un imposible jurídico que se presente un concurso aparente de tipos entre un delito de concierto para delinquir y el reato de hurto, perpetrado en la modalidad de delito masa.

En punto del segundo tema propuesto, esto es la necesidad de que se determine la cuantía respecto de la cual se le está endilgando a la señora ECAA el delito de hurto por medios informáticos, resulta necesario recordar que a ella este reato se le imputo en calidad de coautora (ver folio 4 del expediente), lo que quiere decir que ella debe responder no por una mínima parte del total obtenido como resultado del hurto, sino que dado el designio común que hubo entre ella y los demás coautores del delito, todos deben responder por el todo así como por los efectos colaterales que de él se desprendan, entonces ella no tendría que indemnizar por *partecita* como lo plantea el recurrente, sino que debe hacerlo por la totalidad de los $600.000.000.oo que se ha establecido como lo sustraído.

Dado lo anterior, pierde sentido la postulación de nulidad realizada por el abogado de ECAA en ese sentido, al igual que los reparos que se hicieron por la delegada del Ente Acusador en cuanto a ello, puesto que para que ese punto de cuánto es lo que se apropió la procesada o en qué cuantía fue que ella aumentó su patrimonio como consecuencia de los actos que se le endilgan tenga importancia, entonces se debería modificar su grado de participación en este reato.

En ese orden de cosas, para que la dama en cuestión pueda llegar a acceder a un descuento punitivo de aquellos que se dan por ciertos fenómenos posdelictuales como lo es la indemnización a la víctima, tal y como están las cosas, debe entrar a hacerlo por la totalidad de aquello que se ha establecido hasta el momento como el valor en dinero de la mercancía que almacenes Éxito entregó de forma irregular por el cambio de los llamados puntos Colombia.

Frente al tercer y último tema propuesto por el defensor de ECAA hay que indicar que este no es el momento procesal oportuno para que alguno de los abogados que hacen parte de la bancada de defensa solicite la declaratoria de conexidad de este proceso con el que se ha dicho se lleva en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, por los mismos hechos acá denunciados y en contra de otras personas que se allanaron a los cargos endilgados en su contra; esto por cuanto según nos lo enseña el articulo 51 C.P.P. la Fiscalía puede solicitar la declaratoria de la conexidad en la audiencia de formulación de la acusación, mientras que la Defensa solo puede hacerlo en el devenir de la audiencia preparatoria (Parágrafo único del articulo 51 C.P.P.), lo que hace evidente que en este momento procesal solo estaría facultada la Fiscalía para hacer tal pedido.

Por otra parte, no se puede perder de vista que hasta el momento se desconoce la suerte que ha corrido ese otro proceso, pues si bien se hizo mención a que en ese asunto el Juzgado Cognoscente decreto la nulidad de la aceptación de cargos, no se sabe que sucedió después, si se realizó una nueva aceptación por parte de los allí procesados o se decidió continuar con el proceso de manera ordinaria, lo que implica que tampoco sabemos en qué estadio procesal está en la actualidad, lo que a simple vista hace evidente la inviabilidad de decretar la unidad de estos dos procesos, porque hacerlo, accediendo a la petición del defensor recurrente, sería arriesgar a que más adelante se haga necesario disponer una ruptura de unidad procesal, si esa causa continúa el curso que traía, esto es la terminación anticipada del proceso.

A la luz de lo dicho hasta el momento, es obvio que la postura de esta Colegiatura en cuanto a la solicitud de nulidad realizada por el defensor de la señora ECAA no es otra que la de confirma la decisión adoptada por la juez de primer nivel de negar tal pedimento.

**3. La alzada interpuesta por la representante de la Fiscalía:**

Indicó la Fiscal recurrente que en el presente asunto se debe decretar la nulidad a fin de proteger los derechos fundamentales de los procesados, pues a su juicio, su antecesor en el presente asunto, infló la imputación de cargos endilgándoles a todos los involucrados en los hechos denunciados más delitos de aquellos por los cuales debían responder; además de eso, no se les concretó la cuantía por la cual se les imputaba el delito de hurto por medios informáticos.

De acuerdo a lo anterior, la Sala empezara diciendo que llama poderosamente la atención el hecho de que la delegada del Ente Acusador en este asunto indique ahora que le parece que la imputación en contra de los aquí procesados está “inflada”, cuando ella de cierto modo avaló esa situación al momento de la presentación del escrito de acusación en cual dio a conocer una serie de hechos como justificación para enrostrarle a MAID y a ECAA los cargos que se indicaron en la imputación. Además de ello, a pesar de los intentos de la señora Fiscal por explicar en qué consiste ese agradamiento de la imputación, no logra manifestar en el caso concreto de los acá investigados, cuáles eran o son los delitos que quizá no debían imputárseles por no ser clara su participación en los mismos; y es que en este punto es importante señalar que de la misma manera que se espera la correcta presentación de los hechos jurídicamente relevantes para sustentar una acusación, de la misma manera se espera que si se va a pedir una nulidad o una preclusión, tal pedimento se sustente de una forma clara y coherente, tanto en las razones de hecho como de derecho para ello; argumentos que en realidad en este caso brillan por su ausencia, pues la Fiscal en sus elucubraciones al respecto, por momentos pareciera que estaba hablando no de los procesados dentro de este radicado, sino de quienes aceptaron cargos y cuyo proceso se lleva en otro despacho judicial en un radicado aparte, pues, se insiste, no es clara al explicar las razones por las cuáles considera que los delitos que se le imputaron a MAID y a ECAA no debieron ser esos sino otros.

Frente a lo anterior, de vieja data ha dicho la Sala de Casación Penal de la CSJ que:

“Ante todo es necesario que la sala reitere que aunque las nulidades permiten alguna amplitud para su proposición y desarrollo, no puede la demanda en que se aduzcan equipararse a un escrito de libre formulación, sino que, de todos modos, debe cumplirse unos insoslayables requisitos, cuya inobservancia impide abordar el estudio de fondo. Así, no basta con señalar el motivo de la nulidad, ni la irregularidad en que se incurrió, ni el momento a partir del cual se debe invalidar lo actuado, sino que es preciso demostrar el vicio y su trascendencia, esto es, cómo socavó la estructura del proceso o afectó las garantías de los sujetos procesales. Así mismo si se estima que fueron varias las irregularidades cometidas, no se pueden entremezclar, si no que respetando principio de autonomía de los cargos y atendiendo a su alcance invalidatorio, se deben postular y desarrollar separadamente.”[[6]](#footnote-6)

En ese mismo sentido, hace referencia la petente a la necesidad de hacer un análisis de la prueba, al parecer de los informes presentados por las víctimas respecto a la cuantía de lo entregado por los almacenes Éxito a quienes suplantaron a los titulares de los puntos Colombia que se canjearon de forma irregular; estudio que al parecer tiene como fin lograr establecer la cuantía de lo hurtado por cada uno de los involucrados en los hechos acá denunciados, informe que no se entiende por qué apenas ahora se viene a solicitar cuando los hechos fueron denunciados hace más de un año, pero aunado a ello, se tiene que el mencionado informe puede solicitarlo, si aún no lo tiene, como un EMP y dejar constancia que hará el traslado del mismo una vez este sea entregado por el perito que lo está elaborando.

Ahora bien, si lo que siente la Fiscalía es que en definitiva carece de EMP y EF para llevar ante la Judicatura a los encartados en este asunto, esto es a MAID y a ECAA, no a los demás capturados cuyo proceso se adelante por una cuerda procesal diferente, por todos los delitos que les fueran endilgados durante la imputación, entonces el camino que debe elegir no es el de proponer una nulidad absoluta de todo lo actuado, sino el de observar qué puede y que no puede probar y con base en ello entonces solicitar la preclusión de la actuación penal por aquellos reatos que no pueda demostrar tal como lo establece el art. 332 del C.P.P. Se dice esto, porque no se entiende cuál es la finalidad perseguida por el Ente Acusador con el decreto de una nulidad, en especial si se tiene en cuenta que los representantes de las entidades afectadas con el supuesto actuar de los aquí encartados, han dejado claro en sus intervenciones que ellos les entregaron a la Fiscalía todos los informes y pruebas recolectadas que daban cuenta de la manera como se perpetró el detrimento patrimonial acá juzgado, y se supone que con base en eso se desarrolló un plan metodológico por parte del Ente Acusador, que llevó a la identificación de un grupo de personas que participaron en esos hechos y contra quienes se expidieron las respectivas órdenes de captura, con lo que se entiende entonces se agotó la fase investigativa, situación está que hace incomprensible que ahora se mencione la necesidad del Ente Acusador de indagar más “a fondo” sobre los hechos acá denunciados.

Pensar como lo piensa la Fiscal recurrente implicaría una burla a los postulados que orientan el principio de la progresividad o de la gradualidad, «*según el cual la actividad que se cumple en cada una de las etapas que lo componen se adelanta con la finalidad de alcanzar mayores grados en el conocimiento del objeto de la investigación, pasando de la incertidumbre, a la certeza de lo realmente acaecido*...»[[7]](#footnote-7); porque sí tenía en su poder los medios de conocimiento que consideraba necesarios para acusar, no se entiende entonces como durante la audiencia de acusación pretendió retractarse o desdecirse de lo consignado en el libelo acusatorio con una exótica petición de nulidad con la cual da a entender tácitamente que los *E.M.P.* que tenía en su poder no cumplían con los requisitos necesarios para poder llamar a juicio a los procesado.

Por otra parte, sí consideraba que en el presente asunto tuvo lugar una errónea calificación jurídica, en vez de acudir a la declaratoria de nulidad, acorde con los postulados del principio de la *residualidad[[8]](#footnote-8),*podía acudir a la herramienta de la variación de la calificación jurídica, siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos por la línea jurisprudencial que en tal sentido ha trazado la C.S.J. entre ellos: a) Que no se afecte en núcleo factico de la imputación, o sea que no se conculque el principio de coherencia; b) Que la nueva calificación jurídica resulte más favorable o benéfica para los intereses de los procesado[[9]](#footnote-9).

Con todo lo hasta acá dicho, el camino que habrá de seguir la Sala frente a lo pedido por la delegada de la FGN en el presente asunto, será el de confirmar la decisión adoptada por la Juez de primera instancia de negar la declaratoria de nulidad de todo lo actuado dentro del presente asunto.

**-Conclusión**

Acorde con lo que se ha dicho en precedencia, para esta Sala de decisión es evidente que la determinación a tomar dentro del presente asunto, es la confirmación en su integridad de la decisión adoptada por el Juzgado *A quo*, por medio de la cual no accedió a ninguna de las peticiones de nulidades procesales deprecadas por los recurrentes, y por ende se ordenará la devolución del expediente al Juzgado de origen para que allí se continúe, en la etapa en la que se encuentra, con el trámite del proceso seguido en contra de la señora ECAA y del señor MAID.

Como anotación final se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2.020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia proferidapor el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del 04 de marzo de 2.020, en la cual no se accedió a las solicitudes de nulidad deprecadas por la Fiscalía y los Defensores de los procesados **MAID y ECAA**.

**SEGUNDO: DISPONER** que en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2.020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

**TERCERO:** **Indicar** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, por ende, se **ORDENA** Devolver el expediente al Despacho de origen para que se continúe con los trámites dentro de la causa penal.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

*Con impedimento*

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

**Magistrado**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de febrero de 2.007. Rad. # 18255. [↑](#footnote-ref-1)
2. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: Teoría General del Proceso. Página # 43. Reimpresión 5ª Edición. Editorial Temis. 2.015. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Auto del 20 de marzo de 2.003. Rad. # 19960. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación Penal: Auto del 26 de Octubre de 2.011. Rad. # 37674. [↑](#footnote-ref-4)
5. POSADA MAYA, RICARDO: El delito continuado, en revista de Derecho Penal Contemporáneo. Nº 38 Ene.-Mar. 2012. Legis Editores. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia No. 13907, del 25 de abril de 2002, M.P. Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de Única Instancia del 18 de diciembre del 2.001. Rad. # 15547. [↑](#footnote-ref-7)
8. La Declaratoria de nulidad *«solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular…»* (CSJ, Sala de Casación Penal, decisión AP-2399-2017, rad. # 48965, del 18 de abril de 2017). [↑](#footnote-ref-8)
9. En tal sentido se puede consultar la sentencia del 5 de junio de 2019. SP2042-2019. Rad. # 51007 proferida por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. [↑](#footnote-ref-9)