



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Anticipado: 2021-19370

Aprobado mediante acta 125

Medellín, septiembre catorce (14) de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa respecto de la sentencia proferida el 19 de abril de este año, por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín contra los señores **Jhon Anderson Valencia Sánchez** y **Rubén Darío Bejarano Osorio** que por acuerdo fueron condenados por las conductas de hurto calificado agravado (arts. 239, 240, inciso 2 y 3, y 241 numeral 10 del CP) en concurso heterogéneo con secuestro simple atenuado (art. 168 y 171 del CP).

ANTECEDENTES

Presentado el escrito de acusación e instalada la audiencia para la formulación oral de la misma el 23 de febrero de este año, se anunció por las partes la presentación de un acuerdo y se les dio el traslado a efecto de que se pronunciaran acerca de las causales previstas en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004. El 8 de marzo siguiente se presentaron sus términos,

consistentes en que por la aceptación de los cargos endilgados se degradaría la participación de los señores **Jhon Anderson Valencia Sánchez** y **Rubén Darío Bejarano Osorio** de coautores a cómplices solo para efectos punitivos, dejando la determinación de la pena al Juez. La Fiscal advirtió que los acusados no tienen derecho a ninguna clase de beneficios y que pagaron el incremento patrimonial a la víctima, según consta en recibo de consignación.

Los hechos atribuidos en la acusación, que fueron descritos en la sentencia, son los siguientes:

“Ocurren los hechos el 27 de noviembre del 2021. Aproximadamente a las 00:30 horas, cuando agentes del orden público interceptaron el vehículo de placas RCK393 en la calle 49 con la carrera 27 del barrio Buenos Aires de la ciudad de Medellín, quienes tenían conocimiento que dicho vehículo había sido hurtado minutos antes en la Vereda “Piedras Gordas” del Corregimiento de Santa Helena y en el cual llevaban retenido en contra de su voluntad a su propietario CÉSAR AUGUSTO ALZATE. Al realizar las verificaciones respectivas encontraron a dos personas quienes no correspondían con los datos de propiedad del vehículo y explicaron que habían sido contratados por su dueño para transportar una verdura hasta la plaza de flores; no obstante, el copiloto recibió una llamada de alias “el mono” el cual comunicó a los policiales con el señor César Augusto Alzate quien manifestó que estaba bien empero desconocía el lugar donde se encontraba y suministró el número de teléfono de su esposa Mónica María Alzate, a quien contactó la policía y manifestó que en la madrugada ingresaron a su residencia cuatro personas, las cuales se llevaron el vehículo y a su compañero permanente en contra de su voluntad, quien se encuentra en peligro.

A raíz de lo anterior, se procedió a la captura del conductor del carro de nombre Jhon Valencia Sánchez y del copiloto quien manifestó llamarse Yorman Escay Hernández Montilla, del cual, en forma posterior, se estableció que su verdadero nombre responde a Rubén Darío Bejarano Osorio.

Momentos más tardes y luego de ser liberado, el señor César Augusto Alzate se presentó a la Fiscalía y dio cuenta que el 26 de noviembre del 2021, aproximadamente a las 11:50 horas, cuando se disponía en su casa a calentar el carro para ir a trabajar, 4 hombres morenos que llevaban pasamontañas lo amenazaron con un arma, dos de ellos se llevaron el carro y los otros lo obligaron a caminar internándose por una trocha, quienes al darse cuenta que a sus compañeros los tenía la policía, lo amedrentaron diciéndole que si algo les pasaba ya sabían dónde vivían y se los iban a pagar, empero horas después lo liberaron. Con respecto a las pertenencias que no recuperó las tasó en \$615.000 más \$1.300.000 correspondientes al valor de la verdura que se perdió.”

En fecha posterior (28 de marzo), y luego de la valoración de los elementos que le fueron aportados por la Fiscalía, el acuerdo fue aprobado por el Juez porque consideró que no transgredía garantías o derechos fundamentales y en atención a la verificación de su aceptación libre, consciente y voluntaria por parte de los procesados, y al pago del incremento patrimonial.

En razón de ello el 19 de abril siguiente se profirió sentencia condenatoria, y en lo que es objeto de apelación, se les impuso las penas principales de cincuenta y siete (57) meses de prisión y multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como resultado de la siguiente dosificación: **(i)** se partió de la conducta de hurto calificado

agravado, determinada como la más grave, cuyo cuarto mínimo se fijó de 72 a 124 meses, por existir solamente circunstancias de menor punibilidad, estableciendo la pena en noventa (90) meses de prisión, por la gravedad de la conducta, **(ii)** se rebajó el 50 % de la pena por la reparación (artículo 269 del C.P.) y, **(iii)** se aumentaron doce (12) meses por la conducta de secuestro simple atenuado.

En relación con la justificación para no partirse del mínimo del primer cuarto, se indicó que las conductas cometidas por los procesados son altamente lesivas *“tanto así que el legislador determinó que las mismas no deben ser excarcelables”*, generaron un impacto mayor a la víctima al ser abordada por varios encapuchados, quienes según la denuncia y hechos expuestos en la acusación, la amedrentaron con armas de fuego e ingresaron hasta su residencia, lo cual implicaba una mayor intensidad del dolo. Se consideró que esa debía ser la retribución justa y proporcional al daño sufrido por la víctima con el actuar delictivo, amén de la función preventiva especial de la pena *“que propende porque los condenados nunca más vuelvan a delinquir y mucho menos, con conductas tan graves”*.

En cuanto a las razones por las cuales se aplicó la rebaja de la mitad por la reparación a la víctima, se explicó que los procesados no restituyeron el objeto material del delito por cuenta propia, pues la entrega a la víctima se produjo por parte de la policía luego de que el vehículo les fue incautado. Además, la reparación de los perjuicios ocasionados no se efectuó de manera temprana a la consumación del punible,

pues los hechos ocurrieron el 26 de noviembre del 2021 y la reparación de perjuicios se materializó el 24 de febrero del presente año, *“para cuyo efecto hay que tener presente que parte de la reparación fue el equivalente de los productos que la víctima llevaba en su automóvil para comercializarlos, pues como se dedica a la venta de verduras, sufrió un grave perjuicio por la pérdida de dicha mercancía”*, aludiéndose, respecto del momento en que ocurrió la reparación, a decisión emitida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el radicado *“155164089002201500028 01”*.

La pena de multa fue fijada en cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en igual término fue condenado el acusado para la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se le negaron los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento por el requisito objetivo del quantum punitivo y por la prohibición legal contenida en el artículo 68A del Código Penal para la conducta de hurto calificado. También les fue negado a los acusados, el sustituto que fue solicitado con fundamento en la condición de padre cabeza de familia por no reunir los requerimientos para ello.

2. La apelación.

La defensora interpuso recurso de apelación, solicitando a esta instancia la modificación de la sentencia condenatoria únicamente en lo relativo a la pena impuesta en dos aspectos esenciales, el primero atinente a que no se partió del mínimo del primer cuarto de la pena, y el segundo, en lo que tiene

que ver con que no fue aplicada la rebaja máxima que permite el artículo 269 del CPP, al haber existido la reparación de la víctima.

En lo que tiene que ver con el primer punto, la apelante manifestó que la jurisprudencia de la Corte ha concluido que respecto de la justicia premial, concretamente en el tema de acuerdos, se deben privilegiar la naturaleza y finalidades de los mismos sobre las necesidades de justicia de la víctima, pues se entiende que estas negociaciones suponen recibir justicia de manera pronta y eficaz, y que no tienen que someterse a la duración normal de un proceso en la esfera ordinaria.

No obstante, el Juez de primera instancia incurrió en una serie de errores por falta de aplicación de la norma, pues la pena fue fijada en 90 meses, cuando solo se acreditaron circunstancias de menor punibilidad y por tanto esa ubicación en el primer cuarto debió haber partido de 72 meses.

Respecto al segundo tema de discusión, manifestó que se optó por dar una reducción de la pena del 50 % y no de la máxima, ya que sus representados *"no restituyeron el objeto material del delito por cuenta propia, pues la entrega del mismo a la víctima se produjo por parte de las autoridades de policía luego de que el vehículo les fue incautado. Además, la reparación de los perjuicios ocasionados con el injusto no se efectuó de manera temprana a la consumación del punible"*, obviándose la exigencia que la norma establece para la procedencia de la rebaja y es que medie una

reparación económica equivalente al valor del daño causado, bien porque se restituye el objeto material del delito o su equivalente y que se paguen los perjuicios causados, o porque no siendo exigible la devolución del objeto material, se cubren en su integridad estos últimos.

Por tanto, no puede el juzgador determinar que solo se le concederá el 50% de la rebaja de la pena a sus representados porque no fueron ellos quienes devolvieron lo hurtado, eludiendo lo establecido por la norma y la jurisprudencia, en el sentido de que aun habiéndose consumado el tipo penal, se logra recuperar lo hurtado por la víctima, sin que pueda exigirse, por imposible, la restitución "natural" porque ya fue devuelto, y por tal motivo, en estos casos los responsables se hacen acreedores a la disminuyente, con el solo hecho de indemnizar los perjuicios causados, como fue en este caso.

Por ende, el control que debe ejercer el Juez es constatar que se haya realizado la indemnización y que la misma sea integral, es decir que satisfaga razonablemente las pretensiones de la víctima, y ello ocurrió en este caso, como se evidencia con el recibo de pago, situación que también resulta siendo un aliciente para hacer cesar los efectos nocivos del comportamiento delictivo.

Por estas razones, solicitó se revoque parcialmente la decisión de primera instancia y se modifique la pena impuesta a los señores **Jhon Anderson Valencia Sánchez** y **Rubén Darío Bejarano Osorio** "*aplicándoles el máximo*

de los beneficios adquiridos y pactos con el delegado de la fiscalía”.

3. No recurrentes.

La Fiscal solicitó se confirme la decisión. Resaltó que el Juez hizo un análisis juicioso, responsable y serio de todos los elementos y que sirvieron de soporte para realizar la negociación, los cuales se tuvieron en cuenta para tazar la pena, que se acordó dejarla a su consideración para fijarla. El censor trae a colación el artículo 60 del C.P., que se refiere a los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables, pero el artículo 61 permite al fallador que dentro del cuarto que escoja, tenga un margen de movilidad, de manera que no es obligación partir del mínimo, y para ello se fijan unos criterios como la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, causales que agraven o atenúen la punibilidad, la necesidad de pena entre otros, criterios que fueron tenidos en cuenta para moverse dentro del cuarto mínimo, y nada tiene que ver si existe o no sentencias condenatorias, porque ello ya se tuvo en cuenta para ubicarse dentro del cuarto mínimo.

Adujo que no es cierto que siempre que se dé la indemnización deba automáticamente concederse el máximo beneficio, sino que es legítimo que se analicen los hechos, pues no es lo mismo que voluntariamente se reintegre el bien objeto del hurto, a que esa devolución se haga por una captura y entrega por parte de las autoridades. La movilidad

no fue caprichosa, pues se motivaron las decisiones, y en este caso no solamente se estaba aceptando un delito que atenta contra el patrimonio económico sino también uno que afectó la Libertad Individual, lo que agravó la situación y necesariamente estableció parámetros para la individualización de la pena. La Fiscalía fue clara al momento de anunciar el acuerdo y fue generosa al concederle solo para efectos de la pena, esa degradación de la complicidad, pero ello no desdibuja que se demostró la coautoría, y hay una víctima y una sociedad que reclaman penas justas, acordes con lo sucedido, sin desconocerles los derechos a los condenados.

CONSIDERACIONES

Los dos problemas jurídicos propuestos por la apelante se dirigen a cuestionar: (i) la dosificación punitiva y, (ii) la rebaja de la pena que por la reparación a las víctimas se le concedió a los acusados, en términos generales por la acreditación únicamente de circunstancias de menor punibilidad, por lo que considera debió partirse del mínimo de la sanción, y por el pago integral de los perjuicios ocasionados con la comisión delictiva, razón por la cual debió concederse la mayor rebaja, según explicó.

En relación con el primer objetivo de análisis, la tasación de la pena, ninguna arbitrariedad se observa. El Juez partió de su cuarto mínimo y justificó el aumento de dieciocho (18) meses de la sanción mínima en la gravedad de la conducta cometida, según lo autorizado en el artículo 61 del Código

Penal, que contiene los fundamentos para su individualización:

*“... Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá **ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto...**”*

En ese sentido, se indicó que el incremento obedecía al impacto mayor que se le había ocasionado a la víctima al ser abordada por varios encapuchados, según lo informado en la denuncia y en la acusación, a quien adicionalmente amedrentaron con armas de fuego e ingresaron hasta su residencia, lo cual implicaba una mayor intensidad del dolo, aduciéndose también que la pena resultaba necesaria, justa y proporcional al daño sufrido por aquella con el actuar delictivo, teniendo en cuenta la función preventiva especial de la pena.

Estos planteamientos específicos no fueron controvertidos, puesto que la censura solo se redujo a la presencia de circunstancias de menor punibilidad, pero, conforme acertadamente lo manifestó la fiscal, estas situaciones solo obligan al funcionario a moverse dentro del cuarto mínimo, conforme lo establece el inciso segundo del mismo artículo

61¹, y de esa manera procedió el Juez de primera instancia justificando el incremento, razones por las cuales no encontramos inconvenientes con la dosificación realizada, principalmente si se tiene en cuenta que ningún argumento adicional se ofreció, respecto a esta concreta motivación (amedrentamiento con armas de fuego, utilización de capuchas, ingreso clandestino a la residencia de la víctima...).

En cuanto al segundo aspecto que se cuestiona, la concesión de la mitad de rebaja de la pena, cuando se solicitó el máximo descuento permitido por el legislador equivalente al 75%, la decisión de primera instancia también será confirmada.

En principio debemos recordar que el artículo 269 del Código Penal establece que: *"El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado".*

No existe discusión acerca del pago de los perjuicios, pues se aportó una constancia de consignación y ni la víctima ni su representante presentaron alguna oposición en ese sentido, ni tampoco sobre el derecho del sentenciado de acceder a una rebaja de pena. El problema jurídico reside en si es

¹ "El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva."

procedente el reconocimiento total de la disminución cuando las autoridades hubiesen recuperado lo hurtado, es decir, cuando la restitución no ocurrió por iniciativa del autor de la comisión delictiva.

En otras oportunidades hemos expuesto las diferentes variables que pueden ingresar en el estudio del porcentaje en que debe decrecer la sanción y si bien la reparación ocurrió en un término que no resulta desproporcionado, si entendemos que se estaba esperando que la víctima informara una cuenta bancaria para la respectiva consignación, criterio ineludible según precedentes², el argumento de mayor acierto lo encontramos en la gravedad del delito que no solamente originó una lesión patrimonial sino que atentó contra la libertad individual de una persona que fue amedrentada por cuatro sujetos con armas de fuego, que fue obligada a caminar en el monte con sendas amenazas en contra de su vida (“Y ME PONÍA EL ARMA EN LA CABEZA DICIENDOME QUE OJO CON LO QUE HABLABA MARICÓN QUE ME MATABA AHÍ...”, “... ME HICIERON APORREAR UNA COSTILLA Y ME DECÍAN HÁGALE PUES MIJO QUE NOS VAN A COGER AQUÍ, UNO DE ELLOS ME DECÍA QUE SI IBA A OBEDECER O NO Y ME PONÍA UN ARMA LARGA EN LA CABEZA”, “...SI SE ME CAEN LOS PARCEROS DONDE LOS TIENEN USTED ES EL QUE ME PAGA...”)) y que incluso tan solo fue liberada casi cinco horas después de su retención pero

² Por ejemplo, en: CSDJ.SP. Sentencia del 7 de noviembre de 2018 (SP 4776-2018-RAD. 51100): “...el momento de la actuación procesal en que se materializa la reparación, es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, la voluntad del acusado en resarcir el daño causado a las víctimas y así lo viene ratificando la Sala de manera consistente”.

por la presión de las autoridades que ya habían aprehendido a quienes manejaban el vehículo hurtado, el segundo requisito del descuento, que es la indemnización, quedó en términos casi insignificantes.

Precisamente por esta mayor lesividad, conforme a los hechos denunciados y la labor de las autoridades, se puede inferir que la actividad reparadora en su mayor parte correspondió a la policía y la tarea resarcitoria que procuraron atender los sentenciados fue excesivamente ínfima, pues ni a la fiscal ni a la representación de la víctima les preocupó auscultar los daños físicos y morales ocasionados al denunciante, tampoco a la defensa, puesto que los perjuicios manifestados en entrevista del 19 de enero del presente año, los 585.000 pesos mencionados, se limitaron a un día de trabajo: *"... primer lugar porque perdí un día de trabajo estando en el comando colocando la denuncia y que llegué a las tres de la tarde a la casa..."* . No se desconoce el derecho, pero carecería de razonabilidad y proporcionalidad la concesión del máximo tope de descuento.

En estas condiciones, la sentencia de primera instancia será confirmada.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Confirmar la sentencia que por apelación se revisa. Se informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN