SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, doce (12) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO	**05212-60-00201-2014-02297**
PROCESADO	**DAVID ALEJANDRO MONTOYA SERNA y DANIEL ARMANDO LEZCANO SANTANA**
DELITO	**HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO AGRAVADO Y USO DE DOCUMENTO FALSO**
PROCEDENCIA	**JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO**

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 23 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el Dr. **JOSÉ OLIVERIO CASTRILLÓN VIDAL**, en calidad de defensor contractual de los señores **DAVID ALEJANDRO MONTOYA SERNA y DANIEL ARMANDO LEZCANO SANTANA**, en contra la sentencia condenatoria proferida el 25 de febrero de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, por los delitos de Hurto calificado y agravado, porte ilegal de arma de fuego agravado y uso de documento falso.

2. HECHOS

El 28 de mayo del año 2014, a eso de las 13:05 horas, agentes de Policía Nacional que se encontraban realizando un puesto de control en el Kilómetro 6 de la autopista Norte, recibieron información por radio teléfono

de la policía de Copacabana donde les solicitaba apoyo para cubrir las salidas y entradas de esa localidad, indicando que estaban en persecución de dos jóvenes armados, que iban en una motocicleta marca Yamaha de placas ASF69A y que momentos antes habían cometido dos hurtos en los supermercados D1 ubicados en los barrios la Asunción y San Juan de ese municipio, donde habían intimidado a los empleados con un arma de fuego para que les abrieran las cajas registradoras y luego los encerraron en las bodegas para facilitar su huida.

Refieren los patrulleros que avistaron a los sospechosos en el kilómetro 4 y les hicieron señal de pare, pero estos hicieron caso omiso y continuaron la marcha, resolviendo evadir a la Policía ingresando en el barrio la Navarra, siendo perseguidos de cerca por las autoridades, quienes pudieron observar cuando uno de ellos –identificado como DANIEL ARMANDO LEZCANO SANTANA- que llevaba un arma de fuego en su mano derecha se deshizo se ella en una zona verde, mientras que su compañero –de nombre DAVID ALEJANDRO MONTOYA SERNA- arrojó al piso una bolsa plástica, siendo capturados instantes después por los agentes del orden, que rescataron el arma en la maleza del sector determinando que se trataba de un revolver Smith & Wesson calibre 38 y además recuperaron el botín, al encontrar en la bolsa una cantidad de dinero en billetes y monedas de diferentes denominaciones, unas botellas de licor y unas bebidas energizantes. Adicionalmente, al solicitar los documentos al conductor de la motocicleta, es decir, al señor Daniel Armando, este exhibió la licencia de tránsito Nro. 0351540196527 que resultó ser falsa.

3. RECUENTO PROCESAL

El 29 de mayo de 2014, ante el Juez Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Copacabana, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura; así mismo se les formuló imputación a los señores **LEZCANO SANTANA y MONTOYA SERNA** como coautores de los delitos de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO** en concurso heterogéneo con **PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO AGRAVADO,** y

además al primero de ellos, le imputó el punible de **USO DE DOCUMENTO FALSO.** Los imputados una vez advertidos de los derechos que les asisten y expuestos en el Artículo 8 de la ley 906 de 2004, **ACEPTARON** los cargos imputados en forma voluntaria, libre y espontánea. En esa misma fecha y por solicitud de la Fiscalía se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio.

Seguidamente, el 25 de febrero de 2016, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, emitió sentencia condenatoria en contra de los procesados, la cual fue impugnada por la defensa, por no estar de acuerdo con la negativa de reconocer a sus prohijados la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema que fue alegada en la audiencia de individualización de pena.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juez Primero Penal del Circuito de Bello, luego de un recuento de los hechos y la actuación procesal, expuso que en este caso se demostró que las conductas desplegadas por los acusados, son típicas, por cuanto se encuentran consagradas expresamente en el Código Penal en los artículos señalados en la acusación, antijurídicas, porque se lesionó sin justa causa los bienes jurídicos del patrimonio económico, la seguridad y la fe pública, y culpables, porque ambos coautores conocían de la ilicitud de su actuar y tenían la capacidad de auto determinarse, teniendo plena voluntad y libertad para actuar diferente.

En cuanto a la dosificación punitiva, luego de establecer los cuartos y analizar las circunstancias que rodearon la comisión de los ilícitos, así como su gravedad, le impuso a **DAVID ALEJANDRO MONTOYA SERNA** una pena de 16 años, 7 meses y 15 días de prisión, mientras que a **DANIEL ARMANDO LEZCANO SANTANA** le impuso 17 años 6 meses de prisión. Así mismo les impuso a ambos la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la pena

principal, negándole todo tipo de subrogados penales, disponiendo además el comiso del arma y la motocicleta incautada.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, el defensor de los sentenciados apeló el mismo, manifestando que el día después de la captura de sus defendidos, acordó con la Fiscalía que estos aceptarían todos los cargos, a cambio de que se les reconociera la circunstancia de marginalidad y pobreza y se les otorgara el beneficio de la prisión domiciliaria, atendiendo los elementos materiales probatorios aportados, de ahí que estos se allanaron desde el principio. Luego, en la verificación del allanamiento, la Fiscalía pidió el reconocimiento de esa situación de marginalidad, petición coadyuvada por la defensa, quien aportó las evidencias que soportaban ese hecho, no obstante, el juez hizo caso omiso a esos aspectos condenando a sus defendidos a sendas penas de prisión y negándoles todo tipo de subrogados penales.

Refiere que la negativa del reconocimiento de la circunstancia de marginalidad se soporta en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del año 2007, que no constituye precedente jurisprudencial, pues no se trata de una sentencia SU, sino de un simple criterio de orientación, violatorio del derecho a la dignidad humana y la humanización del sistema penal.

Cuestiona la dosificación punitiva, pues a pesar de que se menciona el reconocimiento de la diminuente consagrada en el artículo 268 del Código Penal, al momento de tasar la pena omitió esta y en cambio incrementó la sanción en un año más. En cuanto a la omisión del reconocimiento de la situación de marginalidad, cita varios pronunciamientos de algunos tribunales y Juzgados donde se permite este tipo de debates durante la audiencia del artículo 447 de la ley 906 de 2004 y además esboza algunos aspectos doctrinales sobre la condición de pobreza, para insistir en su aplicación al caso concreto.

Concluye diciendo que, en caso de aplicar esa circunstancia a la punibilidad, la pena quedaría dentro de lo permitido en el artículo 63 de la ley 906 de 2004 para efectos de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cual estima viable, según varias jurisprudencias sobre casos similares.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, despacho que profirió la providencia recurrida.

Sea lo primero advertir el interés que le asiste al defensor de los señores **MONTOYA SERNA y LEZCANO SANTANA** para recurrir la sentencia de primera instancia, toda vez que, aunque se trata de un caso donde hubo allanamiento a cargos, lo que se discute es la dosificación punitiva, y no la responsabilidad que fue admitida.

Ahora bien, del escrito de apelación se ve que el descontento de la defensa con la sentencia se da en razón a que el *A quo*, negó la petición del recurrente relativa al reconocimiento de la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema, la cual -según este- influyó en los procesados para la comisión del ilícito y que, de reconocerse, les permitiría no solo una pena menor, sino que también los haría acreedores a la prisión domiciliaria.

Sobre el tema en particular, no existe una postura pacífica en esta magistratura, toda vez que los miembros de la Sala mayoritaria son del criterio de que la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema prevista en el artículo 56 del C. P. es una cuestión que tiene que ver con la culpabilidad del procesado, específicamente con la exigibilidad de la acción, por lo que el espacio procesal para discutirla nunca podría ser la audiencia de individualización de pena y sentencia reglada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en tanto este espacio procesal solo está diseñado para determinar la cantidad y la calidad de pena una vez que

la persona ha sido hallada responsable de la comisión de una conducta delictual (típica, antijurídica y culpable). Ahora bien, el Dr**. BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**, es del parecer que -por excepción- y en unos eventos específicos sí es posible traer a colación ese debate en la mencionada audiencia, tal y como se explicará en la aclaración de voto, que acompaña esta providencia, donde se plasmarán los argumentos disidentes, así como las razones por las cuales, a pesar de no compartirse este criterio, se estima prudente confirmar el fallo de primera instancia.

Continuando con el análisis del problema jurídico, tenemos que el texto normativo que establece el acto de individualización de la pena y sentencia, consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 447. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SENTENCIA: *Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.*

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la terminación del juicio oral. …

Ahora bien, esto no obsta para que en casos excepcionales cuando una de las partes o intervinientes necesite de una prueba para fundamentar sus peticiones, si no la tiene a la mano le pueda pedir su práctica al juez y este determine su pertinencia y conducencia atendiendo al preciso objeto de tal audiencia, esto es, "*las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del procesado"*. Incluso el juez puede

hacerlo oficiosamente y para ello, claro está, puede suspender la audiencia; pero es lo cierto y verdadero, que el artículo 447 lo único que le manda al juez es que le permita a las partes pronunciarse sobre los aspectos antedichos para que se tome la decisión de la calidad y la cantidad de pena que se le ha de imponer al condenado, lo que de suyo implica, además, que tal acto procesal está vedado para discutir cualquier aspecto de responsabilidad, pues tal cuestión es propia del juicio oral o bien de la delimitación que de ella se haga a través de los allanamientos o preacuerdos.

Y es que esas circunstancias modificadoras de la responsabilidad, no pueden llegar pervertir las bases estructurales del proceso penal, tal como de manera contundente y categórica lo ha dejado sentado la Sala de Casación en las sentencias 26716 de 2007 y 24913 de 2005 y en los autos con radicación 25389 de 2006 y 36609 de 2011, entre otros, en todas las cuales el común denominador es la oposición categórica del alto Tribunal a que en la audiencia del art. 447 se ventilen tales circunstancias, como quiera que ese aspecto ya debió ser debatido en el juicio oral o simplemente incluido en la imputación, previa concertación con la Fiscalía en aras de provocar un allanamiento a cargos, o en el acuerdo, por lo que acceder a lo pedido por la defensa, sería abrir espacios para retractaciones parciales, lo cual no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico.

Le sobra razón a la Corte en ser enfática en este hecho, pues es claro que el legislador en uso de su poder de configuración, diseñó un procedimiento el cual está dividido por etapas, preclusivas por cierto, que tienen por meta la sentencia. Así en los procesos ordinarios, la audiencia de imputación servirá para la comunicación formal de los cargos que la Fiscalía tiene en contra de una persona; la audiencia de acusación es el espacio procesal para delimitar el objeto de debate, el saneamiento del proceso, el descubrimiento de pruebas de la Fiscalía y el reconocimiento de las víctimas; la audiencia preparatoria es la etapa para el alistamiento del juicio oral y en este se desarrolla toda la dialéctica probatoria y argumentativa de

las partes para establecer la responsabilidad penal que le puede caber al procesado.

Ahora bien, si el debate procesal termina con un sentido de fallo condenatorio por haberse determinado la responsabilidad del acusado, el siguiente paso será la audiencia de individualización de pena, en la cual, obviamente, ya no se podrán discutir temas de responsabilidad, porque tal cuestión quedó finiquitada y cerrada en el estanco procesal anterior. Así, esta nueva etapa simplemente servirá para que el juez atendiendo a las condiciones de todo orden de la persona judicializada determine la cantidad de pena a imponer y la manera como se va a ejecutar atendiendo a los principios que informan a la misma.

Entonces, no puede permitirse bajo ninguna situación, que una vez concluida la etapa de determinación de responsabilidad, bien por la vía del juicio, del allanamiento a cargos o de los preacuerdos, con clara violación del principio de preclusividad o de estanqueidad, se pretenda reabrir un debate ya clausurado, lo que incluso atentaría contra el principio de la irretractabilidad de las admisiones de responsabilidad bajo el esquema de la justicia premial.

Para finalizar, en cuanto al argumento de la defensa, referido a que no se tuvo en cuenta la diminuente punitiva consagrada en el artículo 268 del Código Penal durante la dosificación punitiva, se advierte que ello es falso, pues un análisis del proceso de tasación refleja que la misma si fue incluida dentro del punible del hurto calificado y agravado, simplemente que en este caso el delito más grave, esto es, el porte ilegal de arma de fuego agravado por el uso del medio motorizado, comporta una sanción sumamente drástica, que por razones del concurso y dado que los procesados fueron capturados en situación de flagrancia, no permite más rebajas que las consagradas expresamente en la ley, sin que por ello la misma devenga en ilegal.

En conclusión, advierte esta Sala Mayoritaria que no es procedente alegar la circunstancia de marginalidad en la audiencia que consagra en el artículo

447 Procesal, y en esa medida la pretensión del recurrente no está llamada a prosperar, no quedando más alternativa que **CONFIRMAR** el fallo objeto de apelación.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bello, el 25 de enero de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Esta sentencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: copia de esta providencia será enviada al juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado
-con aclaración de voto-

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

En forma muy respetuosa y cordial, procedo a exponer los argumentos sobre el punto objeto de disenso en la providencia de la referencia.

Comencemos por señalar que, sobre este tema en particular, debe establecerse en primer lugar que no existe una postura unificada ni en este Tribunal, ni en la Corte Suprema de Justicia sobre la posibilidad de cuestionar la existencia de una diminuente punitiva, un fenómeno post delictual o un exceso en una causal de ausencia de responsabilidad, en la audiencia de individualización de pena, luego de emitido un sentido de fallo condenatorio. La gran mayoría sostiene que dicho aspecto debe ser discutido y probado exclusivamente en el juicio oral; otros afirman que esa circunstancia debe incluirse en la formulación de la imputación que efectúa la Fiscalía, toda vez que hace parte del *factum* o hecho jurídicamente relevante.

En lo que concierne al suscrito, en los tiempos actuales y conforme la legislación Procesal Penal vigente, el estado de marginalidad se puede integrar al proceso de varias formas que las subdividimos conforme a si se exige fundamento probatorio o no; dentro del primer evento se puede alegar dentro de las siguientes fases del proceso:

1) En la formulación de la imputación: Cuando la Fiscalía reconoce la existencia de dicha circunstancia, ya sea porque los elementos materiales probatorios recopilados durante la investigación o en los actos urgentes (estos últimos en situación de flagrancia) demuestran su configuración.

2) En la formulación de acusación: En este evento, la Fiscalía como titular de la acción penal, y teniendo como base elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida de que esta persona está inmersa en esa diminuente punitiva, puede variar la calificación provisional efectuada en la imputación y calificar el delito incluyendo esta diminuente en el escrito de acusación.

3) En la audiencia preparatoria: En este estadio procesal, la existencia de la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema puede ser objeto de estipulación probatoria, es decir, se puede acordar como un hecho probado por las partes, sin que requiera de soporte documental alguno, claro está siempre y cuando solo sirva para acreditar la existencia del delito, sin comprometer la responsabilidad penal.

4) En el juicio oral: Es la fase del proceso por excelencia donde se debe debatir, controvertir y probar dicha diminuente punitiva, como quiera que su existencia conlleva necesariamente el reconocimiento de la responsabilidad penal.

5) En la audiencia de individualización de la pena establecida en el artículo 447 del C.P.P: Es una circunstancia que no es descartable sobre todo por situaciones prácticas o reales que en las que se imposibilita alegarla en instancias anteriores y también hay situaciones jurídicas que lo explican. Es especialmente aceptable esta posibilidad en el **allanamiento**, normalmente los casos que se conocen son de personas capturadas en flagrancia y los términos son perentorios en orden a hacer la imputación, lo que impone para la Fiscalía el no contar con pruebas de esta condición, debido a lo precario y veloz del trámite preliminar, esta no puede incluirse en la calificación, y en esa medida, es eventualmente aceptable que su debate se efectúe en la audiencia de individualización de pena conforme el artículo 447 del C.P.P., al fin y al cabo ya se ha desvirtuado la presunción de inocencia, lo que implica que se demostró la existencia del delito y la responsabilidad en su comisión.

En este caso es imperioso que quien alegue la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, no solo aporte los elementos probatorios que revelan su existencia, sino que cumpla además con la carga que le asiste de demostrar que esa situación particular influyó de manera directa en la ejecución del comportamiento ilícito.

Ahora bien, pese a que la Corte Suprema de Justicia considera que dicha circunstancia es un aspecto concomitante a la comisión de la conducta

punible y no un efecto post delictual (CSJ SP 21 marzo. 2007, rad. 25862 SP. 16 mayo 2007, rad. 26716), prohibiendo por ende la intromisión de factores modificadores de la responsabilidad por fuera del marco de la imputación allanada, el suscrito considera que ello no es aplicable en todos los eventos, pues si bien es cierto se trata de una circunstancia que altera los límites punitivos, ello no quiere decir que, ante su demostración material, el juez no pueda abordar su estudio, sino que debe hacerlo con sumo respeto del principio de razonabilidad y proporcionalidad de las penas, para no incurrir en arbitrariedades o en excesos legales, al momento de efectuar los descuentos de ley.

Piénsese por ejemplo en un caso similar, donde no se discutió nunca en juicio oral la existencia de un antecedente penal en contra de un procesado, porque tal y como lo señala el artículo 376 de la ley 906 de 2004, este tipo de evidencia es inadmisible, ya que atenta contra el principio de presunción de inocencia y el derecho al debido proceso, en tanto se estaría juzgando a una persona por lo que es y no por lo que hace. Sin embargo, esta misma evidencia, cotidianamente es ingresada por la Fiscalía durante la audiencia del artículo 447 del C.P.P., una vez se ha establecido la responsabilidad penal del acusado, y la misma en muchos casos incide en los extremos punitivos de forma negativa y sin tener la calidad de fenómeno post delictual.

De manera que, en esas mismas condiciones, si la Fiscalía durante la audiencia de individualización de pena, puede en cierta manera desmejorar al acusado al referir situaciones dentro de los antecedentes, personales, sociales y familiares que inciden negativamente en los límites punitivos, no advierte la Sala cual es el inconveniente para que la defensa, en igualdad de armas, aporte las pruebas correspondientes, para acreditar la existencia de una situación influenciada por la ignorancia, marginalidad o pobreza extrema, cuando lo único que apareja es un beneficio de carácter punitivo.

Por otro lado, hay que recordar que el conocimiento para condenar, se funda precisamente en las pruebas debatidas en el juicio oral, las cuales deben estar relacionadas directamente con los hechos objeto de

investigación que sean relevantes para determinar la responsabilidad del acusado, por ende, se entiende que las circunstancias que rodean la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, no son medios de convicción al interior del debate probatorio, sino aspectos relevadores de su personalidad.

Nótese que, tanto para la Fiscalía como para la Defensa, por la premura del tiempo algunas veces y, además, porque la prioridad dentro del juicio del ente acusador es probar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, a diferencia de la de la defensa que es, precisamente controvertir lo pretendido por la Fiscalía, la marginalidad es un aspecto que se torna consecuente de la demostración de las circunstancias anteriores. Además, desde el punto de vista jurídico y de garantías fundamentales de defensa como el derecho de no autoincriminación y la presunción de inocencia, no es presentable a este sujeto el invocarla de manera previa, pues tácitamente se está reconociendo la responsabilidad penal.

En efecto, si se analiza con detalle la marginalidad se tiene que las razones por las cuales se cometió la conducta punible, son de índole muy subjetiva y solo se tiene fundamento para alegarlas una vez se ha desvirtuado la presunción de inocencia. Es muy difícil concebir un ejemplo en donde se pueda en juicio oral alegar esta situación en forma concomitante con la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del imputado. Es lo que explica la posibilidad de que en la audiencia del artículo 447 del C.P.P. se pueda debatir esta situación, que por demás es de muy difícil prueba.

La segunda gran posibilidad de alegación de esta circunstancia es en el evento en que sea parte de la negociación: En este caso, tanto en los procesos que terminan por allanamiento como en los preacuerdos, la rebaja que comporta esta circunstancia de marginalidad, puede ser ofrecida por la Fiscalía como beneficio o contraprestación por la renuncia del procesado a la presunción de inocencia, igual la defensa está en condiciones de proponerla. En este evento, la Corte Suprema de Justicia, ha sido clara en señalar que cuando se acude a esta figura, y la Fiscalía reconoce y verifica

su real existencia en la imputación seguida de un allanamiento, esta hace parte íntegra de la calificación, tornándose inmodificable, en tanto que, si se acude a ella como elemento negociador de pena, no requiere soporte probatorio alguno.

Empero, cuando el preacuerdo consagra un tipo de negociación diferente, esto es, cuando se elimina una circunstancia de agravación, se elimina un cargo específico o se tipifica la conducta en forma más benévola, no es permitido bajo ningún criterio, que en la audiencia del artículo 447 del CPP se incluyan nuevas situaciones que no fueron puestas en conocimiento de la Fiscalía, no solo porque atenta contra los principios de buena fe y lealtad procesal, sino que constituye una actuación temeraria, en la medida en que se oculta esta situación de forma deliberada para descubrirla en la precitada audiencia, con la idea de lograr un beneficio adicional de reducción punitiva, situación que contraría el espíritu de las negociaciones según el cual es admisible una sola rebaja (artículo 351 de la ley 906 de 2004), no varias como se pretende equivocadamente.

Teniendo en cuenta lo anterior para efectos del análisis del caso concreto, resulta oportuno recordar cuales fueron -en concreto- los cargos imputados a los acusados y que fueron aceptados por estos, durante la audiencia de formulación de imputación, en aras de verificar si hubo o no una adecuada dosificación punitiva.

Según se desprende del registro de audio, al señor **DAVID ALEJANDRO MONTOYA SERNA**, se le imputó en calidad de coautor de los delitos de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO** en concurso heterogéneo con **PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO AGRAVADO** (por el uso de medio motorizado) y a **DANIEL ARMANDO LEZCANO SANTANA,** los mismos delitos, más el **USO DE DOCUMENTO FALSO** en calidad de autor. Además, la Fiscalía les reconoce la diminuente punitiva consagrada en el artículo 268 del Código Penal, habida cuenta que lo hurtado no superó el valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente y que los procesados carecen de antecedentes penales y no se causó grave daño a la víctima.

Estos cargos fueron aceptados en forma voluntaria, libre y espontánea por los acusados, debidamente asesorados por su defensor.

Ahora bien, como quiera que los procesados fueron capturados en situación de flagrancia y puestos a disposición de las autoridades judiciales de manera inmediata, al punto que la audiencia de formulación de imputación se realizó al día siguiente del suceso, es evidente que la Fiscalía no contaba con los elementos para incluir en la imputación la alegada circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema, por lo que eventualmente es permitido abrir el debate a la misma en la audiencia de individualización de pena, sobre todo si tenemos en cuenta que ya se desvirtuó la presunción de inocencia en su contra.

Sin embargo, como se dijo en acápites anteriores, a diferencia del preacuerdo, en los casos de allanamiento a cargos y en desarrollo de la audiencia del artículo 447 del C.P.P., es imperioso que quien alegue la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, no solo aporte los elementos probatorios que revelan su existencia, sino que cumpla además con la carga que le asiste de demostrar que esa situación particular **influyó de manera directa** en la ejecución del comportamiento ilícito.

Para el caso que nos ocupa, la defensa aportó una serie de documentos, compuestos por fotografías, declaraciones extra-juicio de familiares, contratos de arrendamiento y fichas técnicas de encuestas del Sisbén, pertenecientes a los señores David Alejandro y Daniel Armando, que si bien dan cuenta de las modestas situaciones económicas en que viven, lo cierto es que resultan insuficientes para predicar la existencia de la diminuente punitiva, mucho más para decir que ello fue la razón o el motivo que los condujo a cometer unos delitos tan graves como los que hoy nos convocan.

En efecto, no cree el suscrito que dos personas solteras sin obligación de ninguna clase, que tienen en su poder un arma de fuego de gran valor pecuniario como la incautada (R. Smith & Wesson) y una motocicleta Marca Yamaha, puedan afirmar que se encuentran en circunstancias de pobreza extrema, eso sin mencionar que para la fecha de la captura y según sus

propias manifestaciones en la audiencia de imputación, ambos trabajaban, es decir que desarrollaban una actividad económica para subsistir que, aunque puede no ser la mejor remunerada, es suficiente para desvirtuar la situación superlativa de pobreza, de manera que sino se probó este requisito, mucho menos se puede afirmar que existe un vínculo de conexidad entre esas circunstancias personales y la comisión del delito.

Admitir lo contrario, esto es, que cualquier persona en precarias condiciones económicas o con empleos informales poco remunerados está en situación de pobreza extrema y que la misma es determinante para la comisión de ilícitos, sería tanto como premiar punitivamente a los ciudadanos que optan por incurrir en la ilegalidad, por el simple hecho de vivir en los barrios marginales y por ende, avalar o incentivar la delincuencia en los estratos bajos, con la promesa de que no serán sancionados drásticamente, debido a su situación económica.

Así las cosas, como quiera que no se probó esa relación consecuencial entre el ilícito y las modestas condiciones económicas de los acusados, no es viable admitir ningún factor causal que permita la atenuación del delito, de ahí que no queda más alternativa que despachar en forma negativa el argumento del recurrente.

Al final, aunque el suscrito llega a la misma conclusión con la Sala mayoritaria, lo cierto es que el debate en mi sentir aún no ha terminado, insisto que mi esfuerzo se centra en armonizar el Sistema Procesal Penal, con los principios contenidos en nuestro Código penal y también con nuestra Constitución Política.

Sin otro particular,

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado.