



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Medellín, 23 de marzo de dos mil dieciocho (2018)

RADICADO	05001-60-00206-2017-45022
PROCESADO	WILFER DURANGO CORREA
DELITO	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO AGRAVADO.
PROCEDENCIA	JUZGADO 13 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del 08 de marzo de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 12 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el Dr. Jhonatan Palacio González, defensor del procesado en contra de la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín el 12 de diciembre de 2017, en desfavor del señor **WILFER DURANGO CORREA** por los delitos de Hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego agravado.

2. HECHOS

El 2 de septiembre de 2017, a eso de las 02:15 horas, en la carrera 43E con calle 13 del barrio El Poblado de esta ciudad, agentes de policía nacional se dirigían a verificar una alarma del sector, cuando observaron

una pareja que les pidió auxilio, informándoles que momentos antes un par de sujetos les habían hurtado sus celulares y otras pertenencias, previa intimidación con arma de fuego. Con la descripción física y el vestuario, los policiales comenzaron la búsqueda, logrando interceptarlos en el momento en que trataban de huir en un taxi, pero al hacerles el llamado de la policía, uno de ellos salió corriendo logrando escapar, en tanto que el otro al verse sorprendido, arrojó un elemento al piso, el cual fue recuperado segundos después por los policiales, encontrando que se trataba de un arma de fuego tipo revolver calibre 38 y 6 cartuchos para pistola calibre 7.65 mm, procediendo en consecuencia a la captura inmediata de quien fuera identificado como **WILFER DURANGO CORREA**.

3. RECUENTO PROCESAL

El 3 de septiembre de 2017, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se llevaron a cabo las audiencias preliminares y luego de legalizado el procedimiento de captura, se formuló imputación al señor **WILFER DURANGO CORREA** por los delitos de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO** en concurso con **FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO**, no obstante, el imputado no se allanó a los cargos. En esa misma fecha, por solicitud de la fiscalía se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Seguidamente se asignó el conocimiento de la actuación al Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, llevándose a cabo la audiencia de acusación, en la cual la Fiscalía, aclaró el escrito, en el entendido de que el delito contra la seguridad pública es agravado por obrar en coparticipación criminal. Así mismo, el ente acusador informó que la víctima no quiso asistir a la audiencia, pero que suministró el número de

cuenta donde le consignaron la suma de \$700.000, que equivale al valor en dinero del elemento hurtado.

Con base en lo anterior, la Fiscalía indicó que había llegado a un preacuerdo con el acusado, consistente en que este aceptaba su responsabilidad penal y a cambio se le degradaba su responsabilidad de autor a cómplice. Esta negociación fue sometida a verificación por parte del juez de conocimiento, quien la encontró ajustada a los cánones legales y constitucionales, razón por la cual le impartió aprobación, emitiéndose en consecuencia sentido de fallo condenatorio.

Finalmente, luego de la audiencia de individualización de pena, el despacho emitió sentencia condenatoria en contra del señor **DURANGO CORREA**, imponiéndole una pena de 9 años y 5 meses de prisión, así como la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, negándole todo tipo de subrogados por expresa prohibición de la ley 1709 de 2014. Esta decisión, no fue del agrado de la defensa (quien valga resaltar no fue el mismo profesional que participó en la negociación, sino que llegó al proceso para la audiencia de lectura de fallo) quien interpuso recurso de apelación.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, el defensor del sentenciado apeló la sentencia, manifestando que no estaba de acuerdo con el quantum de la pena impuesta, en especial, porque la Fiscalía agravó el delito de porte de armas (en este caso de municiones, ya que el artefacto incautado resultó no apto para disparar), por la coparticipación, pese a que el otro sujeto no fue individualizado ni por la víctima, ni por los policiales, existiendo una duda sobre su existencia, de ahí que la sola afirmación de su presencia no era suficiente para deducir la agravante.

Sostiene en una forma inentendible, que la agravante de la coparticipación en el delito de porte de armas y hurto calificado es menos grave que la utilización de un arma de fuego por más de una persona, y como en este caso, la utilización de 6 municiones por un ciudadano es igual a la utilización de 6 municiones por más de una persona, no se tipifica la causal de agravación punitiva, en especial, porque la utilización de 6 municiones por si solas no causa daño al bien jurídico de la vida de las personas, ni contra su integridad.

Expresa que lo que hubo en este caso fue una violencia psicológica cuyo resultado produjo que la víctima entregara su celular, ante la exhibición del arma de fuego, que no servía para el fin de fabricación, de ahí que su cliente solo debe ser sancionado por el hurto calificado y agravado, mas no por el delito contra la seguridad pública. Adicionalmente se debe tener en cuenta que el ofendido hizo un pago por valor de \$700.000 pesos por indemnización.

En ese orden, dice que se le debe condenar solo por el hurto calificado y agravado en calidad de cómplice, ya que es el punible más grave y como también hubo indemnización, la pena adecuada sería de 18 meses de prisión, los cuales se pueden incrementar en 12 meses en razón a las municiones de arma incautadas.

En este sentido, el quejoso pide anular el preacuerdo suscrito y aprobado y en consecuencia se reforme la sentencia condenatoria, en los términos por él esbozados.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme a lo dispuesto en los artículos 177 de la Ley 906 de 2004 y 91 de la Ley 1395 de 2010, la Sala es competente para conocer del recurso de apelación presentado por el defensor del procesado.

Sea lo primero señalar, que la solicitud del apelante de anular el preacuerdo suscrito por las partes y aprobado por la judicatura es abiertamente improcedente, habida cuenta que la fase o etapa procesal para el efecto ya concluyó y no se advierte en la negociación que se haya vulnerado algún derecho fundamental o se afectara el principio de legalidad. En esa medida, atendiendo el principio de limitación temática y acogiendo el criterio vigente de la Sala de Casación Penal¹ en relación al interés para recurrir en procesos terminados por allanamiento a cargos o preacuerdo, donde se circunscribe la legitimación para censurar el fallo en lo atinente al injusto o la responsabilidad, la Sala contraerá el estudio del caso a examinar únicamente lo relativo a la dosificación punitiva.

Previo a ello, resulta pertinente recordar como fue el proceso de dosificación efectuado por el A quo. Para ello, tomó como base el delito más grave, esto es, el porte ilegal de armas (en este caso de municiones) agravado cuyos extremos punitivos oscilan entre 18 a 24 años de prisión, y lo redujo de 1/6 parte a la 1/2 en virtud de la complicidad, quedando los extremos entre 9 a 20 años. Una vez, obtenido el ámbito de movilidad, se ubicó en el cuarto mínimo, dado que el señor **DURANGO CORREA** carece de antecedentes penales y dentro de este impuso el mínimo equivalente a 9 años de prisión. No obstante, como se trata de un concurso de conductas punibles, a ese guarismo le hizo un incremento de 5 meses más en razón al hurto calificado y agravado quedando la sanción final en 9 años 5 meses de prisión. Debe agregarse, que en este caso no se reconoció ninguna rebaja por indemnización, toda vez que según consta en la sentencia, la víctima estimó los perjuicios causados en \$800.000, de los cuales solo le consignaron \$700.000 pesos².

Son dos los puntos cuestionados por la defensa que corresponden al proceso de dosificación punitiva. El primero se refiere a la deducción de la

¹ CSJ SP, 8 de julio de 2009, radicación No. 31531.

² Ver entrevista obrante a folios 16 y 17 del cuaderno principal.

agravante del porte de armas por la coparticipación criminal; y el segundo, se relaciona con la negativa de reconocer la rebaja contenida en el artículo 269 del Código Penal. Pese a ello, y aún sin ser un tópico objeto de censura, la magistratura encuentra un tercer punto, que conduce indefectiblemente a una corrección oficiosa de la tasación, en aras de materializar el principio de legalidad de la pena. Sobre estos tres aspectos procede la Sala a pronunciarse de la siguiente manera:

5.1. DE LA CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN DE COPARTICIPACIÓN CRIMINAL.

En relación con este tema, a pesar de que el argumento de la defensa es impropio y no controvierte adecuadamente lo resuelto por el *A quo*, a examinar el proceso, la Sala encuentra que, en efecto, el Juez de primera instancia incurrió en un error que afecta de manera ostensible al incurrir en una vulneración al principio non bis in ídem, por causa de una doble valoración de una misma circunstancia, situación que debe remediarse en esta instancia a fin de garantizar a los sentenciados, sus derechos al debido proceso y el principio de legalidad, atendiendo el inciso final del artículo 10 de la ley 906 de 2004, sobre la obligación del juez de conocimiento de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad.

Como puede verse, en este caso, en virtud de la negociación llevada a cabo, se condenó al señor **DURANGO CORREA** como **CÓMPLICE** de las conductas punibles de porte ilegal de arma de fuego agravada y hurto calificado y agravado. Así mismo, al momento de dosificar la pena y conforme la acusación, se incluyó en el proceso la circunstancia de agravación referida a la coparticipación criminal, tanto en el porte ilegal de municiones, al tipificar la conducta con el numeral 5 del artículo 365 y en el hurto, al incluir el numeral 10 del artículo 241 del Código Penal, esto es, por haber participado dos o más personas.

Sobre la violación a la garantía constitucional de la legalidad de las penas, por vía de la violación del principio rector del ***non bis in ídem***, la Corte tiene dicho que comprende varias hipótesis:

a) *Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.*

b) *De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.* (subraya la Sala en esta oportunidad

c) *Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.*

d) *Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición”.*

e) *Nadie puede ser perseguido investigado o juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material.”³*

Sobre la violación a la garantía constitucional de la legalidad de las penas, por vía de la violación del principio rector del non bis in ídem, la Corte precisó en el mismo precedente que “*el principio del non bis in ídem (no dos veces por lo mismo), propio del derecho penal de acto que nos rige, está consagrado en el artículo 29 de la Carta Política como integrante del derecho fundamental del debido proceso, e inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las penas, ya que su*

³ Sentencia de casación de 26 de marzo de 2007, radicado: 25629

efectividad depende de la preexistencia de tipos penales que determinen con certeza las conductas punibles, prohibiendo que el comportamiento que actualice totalmente el supuesto de hecho de determinado tipo penal, sea imputado, investigado, juzgado y sancionado doble vez”⁴.

Conforme lo expuesto en acápites anteriores, se advierte que la circunstancia fáctica de la coparticipación fue deducida por la Fiscalía en primer lugar al efectuar la adecuación típica del delito de hurto calificado y agravado al tenor del numeral 10 del artículo 241, por haberse reunido dos o más personas para cometer el delito, y luego volvió a incluirse en el delito contra la seguridad pública, al tipificar el porte de las municiones agravado por el numeral 5 del artículo 365, esto es, por obrar en coparticipación criminal. En estos términos se realizó la dosificación y se condenó al sentenciado. Con el anterior proceder, el juzgador de primer grado desconoció el principio del *non bis in ídem*, por vía de la prohibición de doble valoración.

Teniendo en cuenta el contenido de la sentencia, es evidente que la violación de garantías constitucionales es doble, toda vez que se dedujo dos veces la circunstancia fáctica de la coparticipación, y se aplicó al proceso de tasación, lo cual le significó al acusado un incremento punitivo que desborda el principio de legalidad de la pena.

Advertido el yerro, la Sala en aras de preservar el debido proceso y las garantías constitucionales del sentenciado, redosificará la pena impuesta, eliminando la circunstancia de agravación contenida en el numeral 5 del artículo 365 del Código Penal relativa a la coparticipación criminal, en primer lugar porque la misma fue deducida por la Fiscalía en el escrito de acusación de manera oficiosa y sin ninguna razón jurídica o probatoria que justifique su inserción, pese a que en la imputación nunca fue incluida, lo cual afecta el principio de congruencia estricta; y en segundo

⁴ ibíd.

lugar, porque en respeto de los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad de la pena, la supresión de esta agravante debe hacerse al delito con pena más grave.

En consecuencia, corresponde a la magistratura ajustar la pena dentro del marco de la legalidad, respetando eso sí, los criterios ofrecidos por el juez de primera instancia. En virtud de ello, si los extremos punitivos del delito de fabricación, tráfico y porte de armas o municiones oscilan entre 9 a 12 años, aplicando la rebaja pactada, estos quedarían entre 54 a 120 meses de prisión. Tomando el mínimo del primer cuarto, se incrementará en 5 meses más en razón al concurso, como lo hiciera el *A quo*, quedando la sanción final en **CINCUENTA Y NUEVE (59) MESES DE PRISIÓN**. Entendiéndose desde luego, que la pena accesoria sigue la suerte de la principal. Así las cosas, sobre este punto en concreto se **CONFIRMARÁ** la providencia de instancia con la **MODIFICACIÓN** de la pena señalada en el numeral segundo de la sentencia apelada.

5.2 DE LA REBAJA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 269 DEL CÓDIGO PENAL.

En relación con este punto, es claro que la decisión atacada es acertada y que no era dable reconocer al acusado la rebaja contentiva en el artículo 269 del Código Penal, básicamente porque como lo expuso el *A quo*, hasta la fecha el procesado no ha cancelado la totalidad de los perjuicios estimados por la víctima equivalentes a \$800.000m pesos, sino que realizó un pago parcial de \$700.000 pesos, además de otras circunstancias que también influyen en su no concesión, tales como la demora en la restitución de lo hurtado (más de dos meses), la voluntad del sujeto activo en restituir el bien hurtado, la cual en estos casos no es espontánea sino forzada, ya que se hizo en aras de obtener el beneficio legal, tampoco se conoce quien es la persona que realiza el pago, si el procesado o sus familiares, la colaboración con la justicia, que en este

asunto en concreto fue muy poca, porque hasta la fecha, el señor **DURANGO CORREA** no ha suministrado ningún dato a las autoridades que permita la ubicación del otro sujeto con el que acordó la comisión del ilícito y que posiblemente continúa ejerciendo su oficio ilícito etc.

Si a eso le sumamos que el procesado no ha hecho ninguna manifestación o acuerdo de pago para cancelar el saldo adeudado, es claro que no existe motivo alguno para concederle la rebaja punitiva que demanda el censor, pues el pago de los perjuicios **NO SE HIZO EN FORMA TOTAL**. De ahí que esta solicitud sea despachada negativamente por la Sala.

5.3 DEL RECONOCIMIENTO DE UNA CIRCUNSTANCIA DE ATENUACIÓN PUNITIVA.

Como se dijo en acápites anteriores, existe un aspecto que fue omitido tanto por lo sujetos procesales como por la judicatura y que impone la corrección del proceso de tasación y es el referente al reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva de que trata el artículo 268 del Código Penal en el delito de Hurto calificado y agravado.

En efecto, tal y como lo expuso la víctima en su entrevista obrante a folios 16 y 17 del cuaderno principal, el valor del celular que le fue hurtado (iPhone 4) era de \$700.000 pesos. Ahora bien, si tenemos en cuenta que los hechos del año 2017 y que el salario mínimo legal de ese año en Colombia era de \$820.857 pesos (incluido el subsidio de transporte) es claro que el valor de lo hurtado era inferior a este y en ese orden, era menester aplicar lo dispuesto en el artículo 268 del Código Penal.

Adicional a ello, la fiscalía no demostró que la comisión del punible haya causado un daño grave a la víctima, "*atendida su situación económica*", pues sobre esto no se indagó y el afectado tampoco hizo manifestación alguna a las autoridades sobre el tema. De manera que, ante esta falencia,

Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-45022
PROCESADO: WILFER DURANGO CORREA
DELITO: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y OTRO

era imperioso reconocer esta atenuante, hecho que procederá a realizar la Sala, disminuyendo los extremos punitivos del hurto calificado y agravado que van de 12 a 28 años, de una $\frac{1}{3}$ parte a la $\frac{1}{2}$, quedando estos de 6 a 18.66 años.

A pesar de lo anterior, no se hará ninguna modificación a la pena señalada en precedencia, habida cuenta que sigue tomándose como base para la imposición de la sanción, el delito de porte ilegal de municiones y que el incremento en razón del concurso con el hurto calificado y agravado, aún con la dosificación realizada, no es significativo, respecto al delito contra el patrimonio económico. En los demás aspectos, se mantiene incólume el fallo de primer grado.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación, pero se **MODIFICA** el numeral segundo de la misma, en el sentido de que la pena tanto principal como accesoria que se impondrá al señor **WILFER DURANGO CORREA** es de **CINCUENTA Y NUEVE (59) MESES DE PRISIÓN**. En lo demás, rige el fallo de instancia.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada al Juez de instancia.

Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-45022
PROCESADO: WILFER DURANGO CORREA
DELITO: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y OTRO

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado