

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, trece (13) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicado: 052126000201201704198

Procesado: Josh Kevin Correa Arango

Delito: Receptación

Asunto: Apelación de Sentencia-ordinario-

Sentencia: No.013-Aprobada por acta No.154 de la fecha.

Decisión: Revoca y condena

Lectura: Lunes 16 de septiembre de 2019, hora: 10:30 a.m.

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR.

Habiendo sido derrotado el proyecto presentado por el ponente, procede la Sala Mayoritaria a desatar el recurso de apelación presentado por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la sentencia proferida el 18 de enero de 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, mediante la cual se

absolvió al señor **Josh Kevin Correa Arango** quien fue acusado por el delito de receptación agravada.

2. HECHOS

El 28 de junio del año 2017, a eso de las 14:37 horas, en la carrera 55 con calle 64 del barrio El Mirador del municipio de Bello, agentes de la Policía que se encontraban realizando un operativo de control le hicieron señal de pare al señor **Josh Kevin Correa Arango** quien se desplazaba en la motocicleta de placas ZRR-13A Marca Yamaha. Los policiales al verificar las partes esenciales de dicho vehículo constataron que estaban marcadas con identimotos distinguidos con la placa AQA-83B en las tapas laterales, farolas, karenake y que esa placa figuraba con una denuncia por hurto el 15 de abril de 2017.

Así mismo se determinó que los números de motor y chasis original de la motocicleta no corresponden al número de placa ZRR-13A, sino a otros diferentes, razón por la cual, lo dejaron a disposición de las autoridades junto con el vehículo incautado.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

El 29 de junio de 2017 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello, se legalizó la captura de **Josh Kevin Correa Arango**; la Fiscalía formuló imputación en contra de este por el delito de receptación agravada de conformidad con el artículo 447 del Código Penal, cargo que no fue aceptado por **Correa Arango**. Así mismo, por solicitud de la Fiscalía se le impuso medida no privativa de la libertad.

Seguidamente la Fiscalía radicó escrito de acusación, correspondiendo el asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, donde se llevaron a cabo las audiencias de acusación¹, preparatoria² y juicio oral³. Finalmente, el 31 de mayo de 2016 se profirió sentencia absolutoria en favor del acusado, la cual fue impugnada por la Fiscalía.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de realizar un recuento de los hechos y de las pruebas practicadas en el juicio oral, el juez de primer grado afirmó que para la configuración del delito de receptación, previamente, debe haberse presentado un hurto, aspecto sobre el que no hay duda en este caso, ya que fue estipulado. No obstante, el punto axial del vínculo entre ambos ilícitos es el conocimiento del procesado de que el bien que porta tiene procedencia ilícita y pese a ello actúa con el ánimo de ocultarlo, aspecto que no demostró la Fiscalía en este caso.

Indica que el ente acusador no aportó ningún elemento material probatorio que demostrara que la motocicleta había sido adquirida por **Correa Arango** por algún modo, porque existe la posibilidad de que el día que fue sorprendido por la policía este tuviese la tenencia temporal o esporádica del vehículo. En ese sentido, el único testimonio que trajo la Fiscalía fue la del agente Wilmar Alberto Cifuentes que participó en la captura, ya que este solo se refirió al procedimiento de incautación del rodante, empero el ente instructor no investigó si la mencionada moto era del procesado o prestada y tampoco trajo más pruebas que constataran este hecho, de manera que esas falencias investigativas no pueden suplirse con indicios, mucho menos

¹ sesión llevada a cabo el 28 de febrero de 2018

² sesión llevada a cabo el 25 de abril de 2018

³ sesiones del 21 de mayo y 27 de junio de 2018

cuando no hay hechos indicadores como que este haya sido propietario con anterioridad, hace cuanto tenía el vehículo, si era trabajador o desempleado, si contaba con medios económicos, su profesión etc.

Expuso que la Fiscalía adujo en sus alegatos que el procesado conocía el origen ilícito del bien, que no portaba los documentos y tampoco compareció a las audiencias, empero no sustentó probatoriamente estas inferencias, ello si se tiene en cuenta que el único testigo, esto es el agente de policía que incautó la moto, no dijo nada sobre la forma como **Josh Kevin** la adquirió o la poseía, de manera que el hecho de que no haya comparecido a las audiencias no pueden entenderse como un indicio de responsabilidad, pues esta conducta hace parte del derecho a la no autoincriminación, tal y como lo refiere la Corte en sentencia SP9617 del 23 de noviembre de 2017 (radicado 45899).

En cuanto a las estipulaciones probatorias, explica que no pueden ser miradas como base para condenar, y para ello alude a la estipulación sobre el informe de laboratorio de las superficies y guarismos del vehículo, donde se concluye que hay partes originales y otras pendientes por establecer en el RUNT, lo que le permite concluir que, si los peritos no encontraron incongruencias, menos podía saber el procesado que no tiene conocimientos en la materia, ni tampoco es versado en mecánica.

Así las cosas, como quiera que no se dan los supuestos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar al señor **Josh Kevin Correa Arango** como autor del delito de receptación y ante la duda probatoria, el despacho resolvió absolverlo de todos los cargos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal por aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La Fiscalía interpuso de manera oral el recurso de apelación, afirmando que en este caso se trajo a juicio varios elementos de convicción que analizados conjuntamente, daban lugar a la emisión de una sentencia condenatoria; no obstante, el juez de primer grado se equivocó porque no tuvo en cuenta en su análisis los aspectos objeto de estipulación, en especial lo que tenía que ver con el arraigo y el oficio que desempeñaba el señor **Josh Kevin Correa Arango** y el estudio pericial de la motocicleta, los cuales sumados al testimonio del agente de policía que participó en el operativo, no dejaban duda de la responsabilidad del procesado.

Expone el ente acusador, que se logró acreditar la individualización del acusado, quien efectivamente era el poseedor del vehículo y que con las situaciones que se dieron de manera concomitante y posterior al hecho, hacen más probable la participación del ciudadano en el punible, por lo que era necesario mirar de manera conjunta la prueba para llegar a la certeza racional de la que habla la sentencia 32863 del 3 de febrero de 2010, que reza: *“La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la verdad subjetiva en la que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquél”*

Refiere la apelante que el proceso penal apunta a la reconstrucción de lo más fidedigno, no se trata de una verdad absoluta que es imposible, sino que lo que se busca es una aproximación a una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, psicológicas que la hayan rodeado. Este aspecto es importante porque en el caso de marras, cuando el patrullero abordó al procesado lo primero que resalta es que se puso nervioso, de manera que no puede exigirse a la Fiscalía imposibles, porque

las dudas del juez son mínimas e inclusive se plantean a partir de supuestos que no existen.

Sostiene que en el proceso se estipuló el arraigo del acusado y además se le dijo que tenía la obligación de presentarse ante las autoridades, pero como no lo hizo es porque algo tenía que ver, de manera que no aplica la sentencia de la Corte citada por el *a quo*, porque lo que existe es un compromiso con la Fiscalía cuyo desconocimiento permite hacer una inferencia racional o mejor dicho un indicio grave de responsabilidad. De otro lado, afirma que no se está discutiendo si compró la moto o la hurtó, sino que para el ente acusador bastaba con acreditar la posesión del bien, no había que demostrar que fue él quien alteró el vehículo, pues identimotos dejó claro que algunos elementos correspondían a otra placa, hecho por demás advertido por el policial que hizo la captura.

Insiste en que la actitud nerviosa de **Josh Kevin** es un indicio de responsabilidad, así como tener una motocicleta con unas visibles marcas de identimotos que no correspondía a dicho vehículo y no comparecer a las audiencias. De igual manera, también está el informe de arraigo donde consta que el procesado no tenía ningún vehículo a su nombre, que estuvo detenido con anterioridad, que era trabajador independiente y consumidor habitual, aspectos que no fueron valorados y que en conjunto con la captura en flagrancia de poseer un bien producto de hurto, es más que suficiente para la emisión de un fallo de condena.

De otro lado, reitera que estamos en un sistema con libertad probatoria, que hubo suficiente evidencia para condenar, que el policía que participó en el procedimiento dejó claro que el acusado no presentó los documentos de la moto, se puso nervioso y no compareció a las audiencias. A ello se suma que

en Colombia es una regla de experiencia que cualquier vehículo que transite sin papeles, se expone a que las autoridades lo retengan.

Después de reiterar el argumento sobre el informe pericial de la motocicleta, de la actitud sospechosa, del resultado del dictamen pericial y de lo dicho por el patrullero que realizó la captura, dice que no es deber de la Fiscalía traer elementos para demostrar que el ciudadano era experto en motos, cuando hay un hecho tan claro como que poseía un elemento de procedencia ilícita, frente a lo cual no hay duda alguna, de ahí que insista en que se revoque el fallo absolutorio y se le condene conforme el delito formulado en la acusación.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en virtud en lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, artículo 176 de la ley 906 de 2004 y el artículo 91 de la ley 1395 de 2010.

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si de acuerdo a la dogmática del delito de receptación, la Fiscalía General de la Nación cumplió con su deber constitucional y legal de demostrar en juicio, más allá de cualquier duda razonable, no solo la materialidad del reato sino la responsabilidad que le cabe en el mismo a **Correa Arango**.

En ese orden lógico, la Sala se ocupará de estudiar, entonces, qué es lo que debe demostrar en juicio la Fiscalía de cara al delito de receptación, para seguidamente determinar qué fue lo que aquí se probó y si dicha valoración realizada por la primera instancia fue acertada.

6.1. RÉGIMEN PROBATORIO DEL DELITO DE RECEPCIÓN.

El artículo 447 del Código Penal, prescribe:

“RECEPCIÓN. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis (6) a trece (13) años de prisión y multa de siete (7) a setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Si la conducta recae sobre los siguientes productos o sus derivados: aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento, en cuantía superior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena imponible se aumentará hasta en la mitad.”

En efecto, esa norma, por expreso mandato del legislador, pune varias conductas alternativas, pero autónomas que tienen que ver no solo con el poseer el bien de origen ilícito, sino con convertirlo, transferirlo, ocultarlo o encubrirlo.

Se trata necesariamente de un tipo penal eminentemente doloso, de mera conducta, de peligro, conducta instantánea y pluriofensivo, que exige como requisito indispensable para la configuración del mismo, la ilicitud, mediata o inmediata, del bien que se recepta. Además, también se exige la inexistencia de acuerdo previo entre la conducta delictiva anterior que tuvo por objeto el bien y el hecho receptor como tal, aunque, es obvio, el agente si debe ser conocedor de la procedencia ilegal de la cosa.

Dado los verbos alternativos que tiene este tipo penal, es claro que para que se dé la tipicidad de esa conducta punible, basta con que la persona desarrolle cualquiera de estas acciones: poseer, transportar, transferir o convertir un bien que sea producto de un delito o que su actuar esté dado con miras a ocultar ese origen ilícito.

Ahora bien, es importante aclarar que el verbo “poseer” contenido en la figura delictual no es asimilable precisamente a la institución civil de la posesión que tiene que ver con la tenencia material con ánimo de señor y dueño, sino con una más naturalística propia de la conducta que se quiere proscribir y que va desde la nuda tenencia o custodia del bien hasta el dominio con connotaciones de propiedad.

Otra cuestión a resaltar es que, de acuerdo a la estructura misma del delito y tal como está diseñado por el legislador, es cierto que esta conducta es eminentemente dolosa, lo que significa que el sujeto activo debe realizar cualquiera de los verbos alternativos del tipo a sabiendas del origen ilícito del objeto; sin embargo a la Fiscalía le bastará, para acreditar la materialidad de la conducta dos cosas en esencia: una, que el bien tiene origen ilícito, y dos, que el agente estaba desarrollando de manera intencional cualquiera de las

conductas previstas en el artículo 447 penal, esto es: adquirirlo, poseerlo, convertirlo, transferirlo, ocultarlo o encubrirlo.

Demostrado esto por parte de la Fiscalía, se presume que el agente tenía conocimiento de la ilicitud del bien, presunción que evidentemente es legal, porque admite prueba en contra, lo que implica que es ahora al procesado a quien le corresponde demostrar por lo menos uno de estos tres aspectos para enervar la pretensión punitiva de la Fiscalía: uno, que el bien no tiene origen ilícito, dos que no estaba desarrollando una de las conductas alternativas del artículo 447 penal y/o tres, que actuó de buena fe, es decir que no conocía del origen ilegal de la cosa.

Esto necesariamente tiene que ser así pues la demostración del conocimiento de la ilicitud del bien, es una cuestión eminentemente subjetiva que en muchos casos, por no decir en la mayoría, es de imposible demostración para la Fiscalía, pues con el solo silencio del sujeto activo, la tarea del investigador en la práctica nace muerta.

Es por esto que en casos como este y el del enriquecimiento ilícito opera una inversión de la carga de la prueba, pues a partir de la demostración objetiva de la tenencia, esa si intencional, de un bien ilícito o de un acrecentamiento injustificado del peculio, la persona investigada está en el deber de demostrar la procedencia legal de los bienes, o por lo menos que actuó de buena fe.

Solo así se pueden procesar de manera razonable este tipo de delitos, en donde el elemento subjetivo, por ser de tan difícil comprobación porque en

la mayoría de las veces queda solo en el fuero interno de la persona, es dable hacer una presunción *iuris tantum* a partir de la comprobación de ciertos datos objetivos, que obliguen a la persona no a demostrar su inocencia, eso que quede bien claro, sino a justificar o explicar su conducta que objetivamente aparece como reprochable por la prueba aportada por la Fiscalía al juicio oral

En efecto, principio basilar de nuestro modelo de justicia penal es la presunción de inocencia, lo que implica que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde probar con certeza la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta y ello no tiene discusión. Para el caso exclusivamente del delito de receptación, a efectos de demostrar la tipicidad, al Ente Instructor le corresponderá únicamente demostrar que el bien hallado en poder del agente prevenía de un delito y que el mismo estaba en posesión o tenencia real del agente, lo cual descarta contactos accidentales o incidentales

La inversión de la carga probatoria, entendida como carga dinámica de la prueba, ha sido admitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casos en donde el contenido subjetivo de la descripción típica del delito abarca esferas tan internas del sujeto agente que la Fiscalía cumple su cometido con acreditar, además de la antijuricidad y culpabilidad, el elemento objetivo del tipo. Así lo ha establecido:

Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o

procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de «carga dinámica de la prueba», que ya ha sido desarrollado por la Sala⁴ reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella.

Lo anterior, porque dentro de criterios lógicos y racionales no puede desconocerse que la dinámica de los acontecimientos enfrenta a la judicatura en muchas de las veces a situaciones en las cuales se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor, que los invocan para demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, y que por lo tanto es a ellos a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan.

Por eso, dijo la Sala en el antecedente citado, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado —no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste—, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.⁵

También la Corte Constitucional ha abordado el mismo tópico en el siguiente sentido:

“Ahora bien, frente a la afirmación del actor en cuanto que la expresión “no justificado” contenida en el tipo genera una inversión de la carga de prueba como quiera que conlleva a que sea el funcionario quien deba probar el carácter lícito de sus ingresos, debe la Corte señalar que dicha afirmación se aparta por completo de la realidad, ya que es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y

⁴ “Fallo de casación del 9 de abril de 2008, radicado No. 23.754.”

⁵ CSJ, SP 13 may. 2009, rad. 31147.

culpable, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible.

Efectivamente, el artículo 250 de la Constitución Política le asigna a la Fiscalía General de la Nación la función de "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes e igualmente, "calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas". Es decir, a la Fiscalía como ente acusador en los procesos penales, le corresponde investigar, indistintamente, tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, con el objetivo de determinar la ocurrencia de un hecho punible y los responsables del mismo.

En el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa.

No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por su puesto, legal.”⁶

Así pues, es claro que para el delito de receptación, que también incluye una descripción típica con un ingrediente subjetivo de contenido eminentemente intrínseco: “conocimiento del origen ilícito del bien”, basta para la fiscalía demostrar la posesión o la tenencia del objeto de procedencia ilícita para que se presuma que el agente tenía conocimiento de esa circunstancia. Demostrada a plenitud la cuestión objetiva antedicha, activa el derecho de defensa del procesado para desvirtuarla a través de sus propias pruebas con lo que puede demostrar, como ya se señaló, que el bien es de origen legal, que no estaba desarrollando ninguna de los comportamientos del artículo 447 o simplemente que actuó de buena fe.

⁶ Sentencia C-319-96

Como se puede observar, realmente ni siquiera se trata de una inversión de la carga de la prueba, pues no se le está pidiendo al judicializado que demuestre su inocencia, sino que en este caso en particular, por las propias connotaciones del tipo penal, su estrategia defensiva tiene que ser activa para derruir la prueba de la Fiscalía, no siendo suficiente con su silencio, pues que el ente instructor ya ha cumplido con su carga probatoria de demostrar la tipicidad de la conducta.

Igualmente, no puede entenderse que con esa exigencia de “explicación” por parte del procesado en pro de desvirtuar la presunción de conocimiento de la ilicitud del bien, se le estuviera afectando su derecho constitucional a guardar silencio, porque en el evento de que este realmente no desee intervenir en la actuación, ello no genera ningún indicio en contra; pero debe asumir las consecuencias de no desvirtuar la prueba incriminatoria de la Fiscalía.

6.2. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE ESTUDIO

De cara al análisis que se hizo en el acápite anterior, lo procedente será verificar por la Sala si en el presente caso se allegaron medios probatorios suficientes para tener por demostrada la materialidad del delito de receptación agravada por parte de **Josh Kevin Correa Arango**, quien el 28 de junio del año 2017 fue interceptado por agentes de la Policía Nacional cuando conducía una motocicleta sin documentos y que contenía partes esenciales de un velocípedo que días antes habían sido reportado como hurtado.

Para la Sala no existe discusión respecto a que el señor **Josh Kevin**, el 28 de junio de 2017 cuando se desplazaba en la motocicleta de placas ZRR13A, fue interceptado por la Policía Nacional en un procedimiento de registro y control en donde le exigieron los documentos de propiedad del velocípedo y que este manifestó no tenerlos.

Tampoco admite discusión el hecho de que dicha motocicleta tenía partes esenciales con motor # 4ST546126 y chasis # 9FKKEO48M31546126, ambos originales, y correspondientes a un número de placa diferentes al que portaba la referida moto, pues estos pertenecían al rodante con placa AQA83B, que había sido hurtado días antes (18/05/2017) en esa misma municipalidad y era el objeto de noticia criminal 0508860002000201700390.

El testigo de cargo, patrullero Weimar Alberto Cifuentes Echavarría, presentó una exposición clara de lo sucedido el día de la captura en flagrancia del señor **Josh Kevin Correa Arango**, indicando que cuando este se movilizaba en una motocicleta le ordenaron detenerse para un registro de rutina y le solicitaron los documentos de propiedad del rodante; pero manifestó no tenerlos. Por tal motivo procedieron a verificar en el sistema web de identimotos, con la placa que poseía el vehículo, si esta tenía alguna anotación, encontrando que no presentaba reporte; sin embargo, se dispusieron a comprobar si el número de chasis y de motor que les arrojaba el sistema a ese número de placa correspondía con los que portaba el vehículo, hallando que no le pertenecían y que, por el contrario, esas partes esenciales del velocípedo correspondían a otro número de placa que sí tenía un reporte por hurto.

Señaló el policial que al momento en que interceptaron al procesado, este se notó nervioso y guardó silencio, pero cuando ellos se enteraron de que la motocicleta en la que se movilizaba **Correa Arango** era hurtada y se lo comunicaron a él, ya se le vio muy tranquilo y permaneció en silencio, procedieron a informarle que sería capturado por el delito de receptación, le leyeron sus derechos e hicieron el inventario de la moto, el cual fue signado por el mismo **Josh Kevin**.

Cuenta el testigo que el número de placa a la que correspondía el chasis y el motor que tenía el velocípedo, era igual a la que tenía regrabado el mismo vehículo en sus farolas, tapas laterales y demás, luego entonces, lo único que tenía alterado el rodante era el número de placa, pues portaba la correspondiente a ZRR13A cuando todo su conjunto se encuentra identificado bajo el número AQA83B, última que figuraba como hurtada en el sistema de información de la Fiscalía General de la Nación.

Además, informó el deponente que después de la aprehensión de **Correa Arango**, lo ha vuelto a ver una vez en el sector donde fue capturado, señala sus características morfológicas y también narra que después de realizar el procedimiento con este ciudadano, solicitaron información de la persona que figuraba como denunciante de la motocicleta identificada con placa AQA83B, la cual fue hallada en su poder, y encontraron que se trataba de un hurto que días antes, en el mismo sector, él y su compañero de patrulla habían atendido, por lo que procedieron a informarle a la víctima e indicarle los trámites que debía seguir para recuperar su vehículo.

Evidencia la Sala que aunque la Fiscalía solo trajo a juicio un testigo y que este manifestó no saber por qué **Josh Kevin** se transportaba en la

motocicleta que le fue incautada, ello no es un obstáculo para que pueda considerarse su declaración en punto a las circunstancias modales y temporales de la ocurrencia del delito, pues es apenas lógico que el policial desconozca el querer o voluntad del procesado, pues su deber como servidor público era proceder a incautar la motocicleta hurtada y capturar a **Correa Arango** porque avizoraba la comisión de un delito, incluso, aún si este le hubiera manifestado que desconocía la procedencia ilícita del bien que portaba.

Entonces, en el proceso se develó no solo la tenencia de la motocicleta por parte del procesado, sino la procedencia ilícita de la misma y si bien no hubo manera de establecer el por qué **Josh Kevin** tenía el velocípedo para el momento de la captura y cómo lo había adquirido, sí lo es que este no contaba con los documentos de identificación del rodante, los cuales le fueron exigidos por los agentes del orden.

Además, también es evidente que **Josh Kevin Correa Arango** tenía todos los medios para verificar la legalidad y procedencia del velocípedo en que se transportaba, pues nótese como el policial que declaró en juicio dio cuenta que la placa que portaba el rodante para ese momento no solo no era la correspondiente a los números de motor y chasis, sino que difería del número que tenía regrabado la moto en las farolas, tapas laterales y demás, marcación que si es muy fácil detectar a simple vista, de ahí que ello sea un fuerte indicio para detectar o, cuando menos sospechar, de la originalidad y legalidad del rodante.

Aunado a lo anterior, es regla de la experiencia que cuando el implicado en un delito de esta índole desconoce el origen ilícito del bien portado, tenido,

negociado, entre otros, su primera reacción es comparecer ante las autoridades a explicar sobre el por qué poseía el bien, cómo lo adquirió y demás relevante; sin embargo, en el presente evento sí es muy significativo el desinterés que demostró el procesado en el asunto, situación que no puede confundirse en lo absoluto con su derecho a guardar silencio o renunciar a comparecer, pues en este caso el mismo defensor público que le fue asignado a **Josh Kevin Correa Arango** da cuenta que nunca pudo obtener comunicación con él.

Tampoco resulta ser de recibo el cuestionamiento que hizo el juez *a quo* para justificar su decisión, esto es por qué no se le indagó a **Correa Arango** sobre el conocimiento que tuviera de la ilicitud de la moto en que se transportaba, porque ciertamente los únicos que tuvieron contacto con este fueron los policiales que realizaron el procedimiento de captura en flagrancia y, legalmente, estos no podían interrogarlo sobre tal cuestión, ya que a lo sumo lo único que se les permitía era que le indagaran sobre la tenencia de los documentos que acreditaran su propiedad del velocípedo, como en efecto lo hicieron y de lo cual obtuvieron resultados negativos, porque **Josh Kevin** les manifestó no tenerlos. Se debe advertir que Tampoco la Fiscalía logró entrevistar al citado porque el mismo se desentendió del asunto.

Así pues, aunque el juez creó un manto de dudas sobre el conocimiento que tuviera el procesado respecto a la ilicitud del bien en que se transportaba, es lo cierto que ello no puede exigirse a la Fiscalía como una prueba directa, pues además de ser un imposible, ello constituye un requisito subjetivo que no contempla el tipo penal porque el que viene siendo juzgado **Josh Kevin Correa Arango**, ya que ese conocimiento y voluntad solo se ve traducida en el dolo exigido como elemento del tipo, mismo que por pertenecer a la

esfera interna del ser humano, es imposible acreditar de la forma en que lo pretendió el juez de primera instancia.

En consecuencia, si se tiene que la Fiscalía demostró con suficiencia que el procesado conducía una motocicleta sin documentos que días antes había sido hurtada, en cambio que este se desatendió totalmente del juicio al punto que no compareció al mismo a dar las explicaciones del caso para justificar su ilegal proceder, ello es más que suficiente no solo para predicar la tipicidad de la conducta, sino su antijuricidad formal y material, como de igual manera su culpabilidad, si se entiende la afectación real al bien jurídico de la administración de justicia, su imputabilidad y la no presencia de circunstancias inexorables que lo hayan hecho actuar de la manera como lo hizo.

Así las cosas, se revocará la sentencia absolutoria impartida a favor del señor **Josh Kevin Correa Arango**, y en su lugar, emitirá fallo condenatorio por el punible de receptación agravada.

7. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Como viene de verse, la sentencia absolutoria será revocada por esta Colegiatura, motivo por el cual la Sala Mayoritaria celebró la audiencia del artículo 447 procesal a efectos de darle la oportunidad a las partes e intervinientes procesales para que se pronunciaran en relación con las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden de **Josh Kevin Correa Arango**, así como también sobre la

determinación que se adoptará en relación con la pena a imponer y la concesión de algún subrogado.

Al respecto manifestó el delegado de la Fiscalía que el señor **Josh Kevin Correa Arango**, además de contar con 10 procesos penales vigentes y estar registrado en el sistema de la Fiscalía General de la Nación como presunto integrante de la organización delincuenciales “Los Pachelly”, vinculado a la misma desde el 7 de diciembre de 2014, registra una sentencia condenatoria emitida en su contra por el delito de hurto calificado y secuestro, la cual se estaba ejecutando al momento de la comisión de los hechos materia de la presente sentencia.

Precisó que en razón de dicha condena penal **Correa Arango** estuvo privado de la libertad entre los años 2010 y 2014 y para el 2017, cuando tuvo ocurrencia el delito que ahora ocupa la atención de la Sala, se encontraba en libertad condicional.

En consecuencia, solicita que la Sala para tasar la pena se ubique en el primer cuarto, pero no parta del mínimo de la pena allí establecida con fundamento en el contenido del artículo 61 del C.P., concretamente en lo que tiene que ver con la necesidad de la pena por ser una persona reincidente. Además, deprecó la no concesión del subrogado penal ni la prisión domiciliaria por expresa prohibición del artículo 68A.

A su turno, el defensor de **Josh Kevin Correa Arango** solicitó no se tuviera en cuenta la condena penal indicada por la Fiscalía, toda vez que la misma por ser anterior a los 5 años desde la comisión de los hechos aquí juzgados, no

constituye un antecedente penal; en consecuencia, pidió que para tasar la pena, la Sala imponga el mínimo del primero cuarto.

8. TASACIÓN DE LA PENA

Lo primero que debe advertirse es que hay una incorrección en las afirmaciones de la Fiscalía cuando dijo que el aquí condenado había cometido el delito de receptación estando en ejecución una pena anterior, porque comunicado este Despacho con el Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, se informó vía telefónica que ciertamente ahí se le vigiló una condena al señor **Correa Arango** dentro del proceso 050016000206201058617 por el delito de secuestro simple y hurto calificado y agravado; pero que la misma se había extinguido judicialmente el día 28 de diciembre de 2015, es decir, dos años antes de la comisión del reato por el cual se juzga a esta persona dentro de este proceso.⁷

Aclarado este punto, se debe señalar que el delito por el cual resultó condenado el señor **Josh Kevin Correa Arango** es el de receptación agravada, según hechos acontecidos el día 28 de junio de 2017, por lo que la normatividad aplicable es el artículo 447 de la Ley 599 de 2000, modificado por la ley 1142 de 2007, que trae aparejada una pena de prisión de 72 a 156 meses y multa de 7 a 700 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁷ Cuaderno original 1, folio 135

Establecidos así los límites punitivos, los cuartos quedan conformados de la siguiente manera:

Penas de prisión:

Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
72 a 93 meses de prisión	93 meses y un día a 114 meses de prisión	114 meses y un día a 135 meses de prisión	135 meses y un día a 156 meses de prisión

Penas de multa:

Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
7 a 180,25 smlmv	180,26 a 353,5 smlmv	353,6 a 526,75 smlmv	526,76 a 700 smlmv

En el presente evento estima la Sala que de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 61 del C.P., para fijar las penas, lo procedente es ubicarse en el primer cuarto, pues al señor **Josh Kevin Correa Arango** no se le dedujeron circunstancias de mayor ni de menor punibilidad (art. 55.1 y 58 C.P.), como quiera que el condenado si registra un antecedente penal, ya que el límite temporal de 5 años que aduce la defensa, aquí no aplica, puesto que tal término solo se cuenta para efectos del artículo 68 A del C. P. y no del artículo 55 *idem*.

En efecto, nótese que constitucional y legalmente los antecedentes penales son las sentencias penales condenatorias ejecutoriadas que figuran en contra de una persona de manera intemporal, a no ser que por propia disposición del legislador le fije un límite, pues el primer referente de dicho concepto lo es el artículo 248 de la Constitución Política:

“Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.”

Con base en tal norma, la Corte Constitucional en sentencia T-444 de 1992, cuando estableció los alcances del *habeas data*, y los límites que deben tener los organismos de seguridad del Estado en la difusión de la información atinente a los antecedentes penales y contravencionales de los ciudadanos, determinó:

Por "antecedente" debe considerarse única y exclusivamente las condenas mediante sentencia judicial en firme al tenor del artículo 248 constitucional. Esta regla se predica, entre otros efectos, para los certificados sobre conductas y antecedentes.

La directriz constitucional debe comprenderse esencialmente como desarrollo del principio de presunción de inocencia, sin embargo, expresa con claridad que se configura como antecedente penal toda sentencia judicial definitiva o en firme, aun cuando se haya cumplido la pena.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 20.597 del 20 de febrero de 2004, al resolver un cargo de violación directa por errónea interpretación del artículo 61 del código penal de 1980, esclareció:

“La situación frente al nuevo estatuto es distinta. El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero, **implica la existencia de una condena judicial definitiva** (artículos 248 de la Constitución Nacional, y 7º del estatuto procesal penal), al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo...” negrillas de la Sala

De lo anterior queda claro que el señor **Josh Kevin Correa Arango** sí cuenta con antecedentes penales a la luz del artículo 55.1 del C.P. y por ende no puede considerarse en su favor la ausencia de ellos como circunstancia de menor punibilidad, sin que ello implique que la existencia de los mismos pueda ser causal de mayor punibilidad⁸; sin embargo, de acuerdo a los criterios de necesidad de la pena y las funciones de la misma, establecidos en el artículo 61 idem como derroteros para fijar la pena en concreto, la Sala considera pertinente que, en este caso la fijación de la sanción penal se aparte de la pena mínima establecida para el primer cuarto.

Ello es así, porque si bien es cierto la reincidencia delictual no puede tenerse como circunstancia de mayor punibilidad para determinar el cuarto de movilidad, la misma sí podrá servir de criterio para hacer el análisis de cuantificación de la pena que en este caso se le debe imponer al señor **Josh Kevin Correa Arango** ante la personalidad tan proclive al delito que tiene este ciudadano.

Evidencia la Sala, entonces, que aquí la imposición de unas penas significativas y ejemplares se tornan necesarias para atajar esa actitud desafiante de la norma que presenta el procesado, la cual traduce un evidente desinterés de su parte por el acatamiento de la ley y la convivencia

⁸ Tal análisis fue objeto de la decisión radicada AP-2978 de 2014 CSJ

pacífica y, pone de presente la imperiosa obligación de que las penas a imponer por estos hechos de los que ahora se declara responsable penalmente al señor **Correa Arango**, cumpla los efectos pretendidos, estos es constituya en él un verdadero correctivo que lo lleven a actuar de una manera diferente en la sociedad y lo inhiban a futuro de infringir la prohibición legal en aras de prevenir también a la colectividad de futuras conductas que puedan atentar contra sus bienes jurídicos.

Como consecuencia de todo lo antes dicho, la Sala considera que a la pena mínima establecida en el primer cuarto, esto es 72 meses de prisión, deberá aumentársele doce (12) meses en virtud del análisis del inciso tercero del artículo 61 C.P., lo que acarrea un resultado de ochenta y cuatro (84) meses de prisión para **Correa Arango** y, por las mismas razones antes dichas, la multa que consagra la norma infringida tampoco será la menor del primer cuarto, sino que se le impondrán noventa y ocho (98) salarios mínimos legales mensuales vigentes, guarismo calculado de forma proporcional al aumento establecido para la imposición de la pena de prisión. Además, se le sancionará con la interdicción de derechos y funciones públicas por idéntico término al señalado como pena de prisión.

9. SUBROGADOS PENALES Y PRISIÓN DOMICILIARIA

El inciso segundo del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 señala que cuando el condenado lo es, entre otros, por el delito de receptación agravada no se otorgará ni el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

En consecuencia de lo anterior, es evidente que la exclusión de beneficios señalada en dicha norma debe aplicarse en su integridad, por lo que el señor **Corre Arango** no tiene derecho ni a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal y por tanto se hace innecesario revisar si el mismo reúne las exigencias consagradas en las normativas que consagran los aludidos beneficios.

10. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

10.1. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 18 de enero de 2019 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, que absolvió al señor **Josh Kevin Correa Arango** por el delito de receptación agravada.

SEGUNDO: En su lugar **CONDENAR** a **Josh Kevin Correa Arango** a la pena de ochenta y cuatro (84) meses de prisión y multa de noventa y ocho (98) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término de la pena privativa de la libertad, al hallársele autor responsable del delito de receptación agravada.

TERCERO: Negar a **Josh Kevin Correa Arango** el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por lo expuesto en la motivación de esta providencia, en consecuencia la pena de prisión aquí dispuesta deberá descontarse en el establecimiento carcelario que para el efecto designe el INPEC.

CUARTO: Líbrese la orden de captura correspondiente para que comience a descontarse la pena de prisión impuesta en este proveído.

QUINTO: Contra esta decisión proceden, impugnación especial para el procesado y/o su defensor, y el recurso extraordinario de casación para las demás partes e intervinientes, de conformidad con las sentencias de la Corte Constitucional C-792 de 2014 y de la Sala de Casación Penal, radicado 54215 del 3 de abril de 2019. AP1263-2019.

SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, envíese de inmediato al juzgado de primera instancia, para que, previo a las anotaciones pertinentes, remita las copias necesarias al centro de servicios de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad para la vigilancia de la pena impuesta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

(Con aclaración de voto)

FROILÁN SANABRIA NARANJO

Magistrado

(Con salvamento de voto)

R/