



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 044

(Sesión del 8 de abril de 2022)

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y Agravado
Asunto: Defensa apela sentencia respecto de la tasación de la pena y negativa de la prisión domiciliaria transitoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 21 de abril de 2022

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Jorge Luis Pino Calderón, contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juez Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento que lo condenó a la pena de diecinueve meses de prisión, sin derecho a ningún tipo de beneficio, tras ser hallado autor penalmente responsable del delito de Hurto calificado y agravado.

2. HECHOS.

El 13 de enero de 2020, a eso de las 8:15 horas, cuando la señora Claudia Patricia Henao Muñoz transitaba por el sector de la Candelaria en su motocicleta, con su hija menor y hablando por celular, fue abordada por dos sujetos que se ubicaron a lado y lado, el de la izquierda la intimidó con algo metálico y el de la derecha intimidó a la menor con un destornillador, le birlaron su teléfono celular y además le quitaron el bolso donde llevaba sus documentos personales, emprendiendo la huida. Según la víctima, comenzó a perseguir al individuo que llevaba sus pertenencias y, con la ayuda de la

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

ciudadanía, pudo alcanzarlo logrando recuperar su celular, avaluado en \$600.000 y el bolso donde llevaba documentos personales, instantes después llegaron las autoridades, siendo aprehendido el asaltante y dejado a disposición de la autoridad competente.

Al ampliar su denuncia, la víctima indicó que cuando alcanzó al asaltante se cayó con su motocicleta y la misma presentó varios daños, entre ellos, en el freno, lo cual estima en veinte mil pesos (\$20.000), se quebró el stop, lo mismo que las direccionales, lo cual tiene un costo de sesenta mil pesos (\$60.000), en la parte delantera se le quebró el babero, el cual cuesta cuarenta mil pesos (\$40.000), también se dañó el drenaje y cuesta cincuenta mil pesos (\$50.000), y los pasajes a estas diligencias los estima en cincuenta mil pesos (\$50.000), para un total de doscientos veinte mil pesos (\$220.000).

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. El 14 de enero de 2020, la Juez 41 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí legalizó el procedimiento de captura en flagrancia realizado en contra de Jorge Luis Pino Calderón. Acto seguido la Fiscalía General de la Nación, conforme al rito del procedimiento especial abreviado, dio traslado del escrito de acusación a la defensa de este formulándole cargos por el delito de Hurto Calificado y Agravado conforme a los artículos 239, 240 # 1° y 241 # 10 del Código Penal, mismo al cual se allanó el procesado. Posteriormente se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en la residencia señalada por el procesado.

3.2. El 23 de enero de 2020, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín avocó conocimiento del asunto y programó para llevar a cabo audiencias concentradas de verificación de allanamiento para el 20 de febrero siguiente, fecha en la cual se aprobó el allanamiento a cargos.

3.3. El 24 de agosto de 2020 se realizó la audiencia de individualización de pena y sentencia consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en la cual el delegado de la Fiscalía General de la Nación se refirió a

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

las condiciones individuales, familiares y sociales del procesado, indicando que aparecía con una sentencia condenatoria proferida en el año 2011, también adujo que presentaba otras anotaciones que no constituyen antecedentes penales. Sobre la dosificación de la pena y teniendo en cuenta que hubo allanamiento a cargos bajo la premisa de que puede hacerse acreedor a la rebaja hasta el 50% conforme a Ley 1826, deja la pena a consideración del Despacho en tanto que en este caso también es aplicable el artículo 269 del Código Penal al ser evidente que hubo una indemnización conforme a declaración de la víctima, dineros que le fueron consignados a través de giro y que fueron reclamados por ella. No obstante, llamó la atención el señor Fiscal sobre cómo sucedieron los hechos pues la víctima estaba acompañada por su hija menor de edad, fueron abordadas por dos individuos que las intimidaron, por lo que, conforme a las premisas del Código Penal, se debe tener como circunstancia que tendría que contemplarse como intensidad del dolo, dado que no solo se atentó contra el patrimonio, sino que se puso en peligro la integridad de la madre y la menor. Por último, frente a los subrogados penales indicó que la Ley 1709 de 2014 que hace nugatoria la posibilidad que el Pino Calderón pueda acceder a beneficios excarcelatorios.

El defensor por su parte acotó que su asistido no tiene anotaciones distintas a la manifestada por el señor Fiscal. Solicitó se le otorgue la máxima rebaja por el allanamiento a cargos y por cuanto la indemnización fue total; por último, frente a los subrogados solicitó se otorgue la prisión domiciliaria porque conforme a la pena a determinar, cumple más del 50%.

3.4. Sentencia impugnada.

El 24 de agosto de 2020 el Juez Veintitrés Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín profirió sentencia condenatoria en contra de Jorge Luis Pino Calderón dado su allanamiento al cargo por el que fue procesado. Fue así como, según lo indicó el *a quo*, era necesario verificar que su decisión se imparta con arreglo al principio de legalidad, tanto de orden procesal como material. Sobre lo primero, advirtió que el procedimiento se surtió con apego a los postulados del debido proceso, pues se realizaron a través de foros

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

públicos ante el funcionario judicial competente, con la presencia del enjuiciado asistido por un defensor; la revisión de la legalidad de la captura, del traslado del escrito de acusación, el posterior allanamiento a cargos en forma unilateral del condenado Jorge Luis Pino Calderón, no se vislumbra vulneración de garantías fundamentales para él, ni tampoco para la víctima. Sobre el segundo aspecto, la Fiscalía esgrimió elementos materiales e información legalmente obtenida que permiten concluir con plena certeza la ocurrencia real y material del ilícito por el cual se procede, consistente en el acto de apoderamiento del patrimonio económico de la víctima, previa intimidación con arma corto punzante, actos que no encuentran justificación ni circunstancia alguna de inculpabilidad para Pino Calderón. Se acreditó que vulneró de manera efectiva y sin justificación alguna el bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento jurídico penal del Patrimonio Económico, pues los actos desplegados por el procesado fueron idóneos para apropiarse del celular de la víctima, ya que la recuperación del mismo se debió a la diligente reacción de ella y la intervención de la ciudadanía, actuar que no advierte justificación alguna para el desviado proceder del justiciable.

Respecto a la responsabilidad que le es deducible a Jorge Luis Pino Calderón en la conducta punible que se viene de tipificar, se resalta por parte del Juez de primera instancia que en la audiencia de verificación de allanamiento confirmó que efectivamente el procesado, con la asesoría de su defensor, decidió admitir ser el autor de la conducta punible, en forma libre, voluntaria e informada sobre sus alcances y consecuencias, renunciando a la presunción de inocencia que se elevaba en su favor; y a un juicio público, oral, contradictorio y concentrado, de lo cual también se puede inferir que estando en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento lo llevó a cabo, cuando le era posible actuar con apego a la ley.

En consecuencia, el *a quo* profirió sentencia en contra de Jorge Luis Pino Calderón, condenándolo a la pena de 19 meses de prisión con fundamento en que la sanción a imponer iba de 12 a 28 años de prisión; advirtiendo de entrada que no procedía la rebaja consagrada en el artículo 268 del Código Penal, pues a pesar de que el valor de lo hurtado no supera el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos -año 2020-, el

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

condenado tiene un antecedente penal, por sentencia proferida el 25 de noviembre de 2013 por el Juzgado 2º Penal de Circuito de Valledupar-Cesar, por el delito de Uso de documento público falso.

Como no se dedujo por la Fiscalía circunstancias de mayor punibilidad al momento de correr traslado del escrito de acusación y, atendiendo a los criterios que establece el artículo 61 del Código Penal, el *a quo* se ubicó en el primer cuarto de movilidad, es decir entre 144 a 192 meses, y conforme a los criterios establecidos por la ley, especialmente en consideración a la modalidad y gravedad del delito, dada la violencia psicológica ejercida por el condenado contra las víctimas al intimidarlas con un destornillador para expoliarles su peculio, la participación de 2 personas en plena vía pública, lo cual demuestra un dolo altamente definido en el procesado, resultando clara la necesidad de la pena en su función de protección general y especial, para recobrar la confianza de la comunidad en el sistema, y en orden a reinsertar en él los valores sociales, considerando entonces que la sanción a imponer de manera adecuada, justa y equitativa es de 152 meses de prisión.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que en este caso hubo una indemnización integral de perjuicios, conforme lo establece el artículo 269 del Código Penal, la sanción antedicha se disminuirá en un 75%, quedando la pena a imponer en 38 meses de prisión. Los cuales se disminuirán en la mitad dada la aceptación de cargos por parte de Jorge Luis Pino Calderón, antes de realizarse la audiencia concentrada establecida por la Ley 1826 de 2017, por lo que la pena definitiva a imponer al condenado quedó en 19 meses de prisión.

Respecto a sustitutos de la pena advirtió el Juez de primera instancia que Pino Calderón no cumple con los requisitos objetivos ni subjetivos para hacerse acreedor a ningún beneficio pues el delito de Hurto Calificado cuenta con prohibición expresa del artículo 68A del Código Penal, por lo que los 19 meses que se le impusieron deberá descontarlos en el establecimiento penitenciario y carcelario que para el efecto le designe el INPEC, teniéndose en cuenta el tiempo que lleva detenido por cuenta de este asunto.

3.5. Apelación interpuesta por la Defensa del condenado.

Inconforme con que, de un lado, no se le reconociera a Jorge Luis Pino Calderón la circunstancia de atenuación punitiva consagrada en el artículo 268 del Código Penal y, del otro, que no se le concediera la prisión domiciliaria transitoria prevista en el Decreto-Ley 546 de 2020, el defensor del ciudadano condenado interpuso y sustentó el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Frente a lo primero arguyó que el *a quo* de manera incompleta e imprecisa hizo referencia a la condena que, en efecto, emitió el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar. Incompleta, porque omitió mencionar el número de radicado de esa sentencia -200136001090201000039- y los términos en la que la misma fue dictada. E imprecisa, debido a señaló que la condena del Juzgado 2º Penal del Circuito de Valledupar había sido proferida el 25 de noviembre de 2013, sin embargo, la sentencia fue expedida el 2 de marzo de 2011, en la cual dicho Juzgado condenó a su asistido a la pena de 24 meses, concediéndole el Subrogado Penal, en virtud del cual el 4 de noviembre de 2011 suscribió acta de compromiso ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Valledupar, observando buena conducta y honrando los compromisos contraídos durante la vigencia de esa medida.

Resaltó que una evidencia de la buena conducta que observó su prohijado, posterior a la sentencia proferida en ese entonces en su contra por el Juzgado de Valledupar, puede extraerse de la certificación expedida el 11 de mayo de 2017 por la comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de La Paz-Cesar, Clara Inés Rueda Calderón, quien hace constar que Jorge Luis Pino Calderón se desempeñó en el área operativa en el cargo de conductor, desde el 20 de febrero de 2014 hasta el 10 de mayo de 2017, destacándose por su compromiso, capacidad de trabajo y honestidad; anexa dicho certificado.

De lo anterior entonces puede colegirse que, en relación a la pena cumplida por Pino Calderón de la sentencia del año 2011, existió una efectiva resocialización y rehabilitación por su parte frente a la conducta por la cual fue condenado, satisfaciéndose así positivamente las funciones y finalidades que

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

establece la legislación respecto a la pena y los efectos derivados de su cumplimiento -artículos 9º y 162 Ley 65 de 1993-

Señaló el defensor que en atención a la fecha en fue proferida la sentencia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, y el comportamiento que observó su asistido durante la ejecución de la pena impuesta, para la negación del atenuante del artículo 268 del Código Penal, era necesario y fundamental un análisis más detallado por parte del Fallador para determinar si dicha condena, constituía una razón para negar el diminuyente de la disposición normativa. Adujo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 19 de agosto de 2015, Radicado 20889, siguiendo los lineamientos de la sentencia SU-458 de 2012 de la Corte Constitucional señaló, acerca de los antecedentes penales, entre otros aspectos, que: i) Son datos propios y exclusivos de la persona, ya que permiten identificarla, reconocerla o singularizarla en mayor o menor medida de forma individual con otros datos personales (T-41 de 1992, T-023 de 1993 y T-729 de 2002); ii) Tienen el carácter de datos negativos porque permiten asociar circunstancias no queridas, perjudiciales, socialmente reprobadas o simplemente desfavorables con una persona natural. Son, por excelencia, el dato negativo pues mediante los mismos se vincula el nombre de una persona con la ruptura del pacto social, con la defraudación de las expectativas normativas, con la violación de los bienes jurídicos fundamentales (C-185 de 2003); iii) Pese a la ausencia de una regulación específica para preservar el habeas data en materia de antecedentes penales, con sujeción a la doctrina de la Corte en materia de datos personales (C-1011 de 2008, C-748 de 2011, T-729 de 2002 y C-185 de 2003), la administración (acopio, procesamiento y divulgación de antecedentes penales debe sujetarse a los principios de finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida; iv) Pese a que las bases de datos personales en relación con antecedentes penales cumplen diversas funciones debidamente reguladas en el ordenamiento positivo, las cuales responden a los principios atrás señalados (por ejemplo, en materia de existencia de inhabilidades para acceso a la función pública y la contratación con el Estado, la dosimetría penal y concesión de subrogados, en materia de inteligencia y contra inteligencia en la lucha contra organizaciones criminales, así como para control migratorio), tales funciones son útiles en la medida en

que atienden una finalidad legítima y no indiscriminada, esto es, siempre que sean utilizadas con el propósito expresamente definido en la ley.

Acotó así mismo que, en relación al derecho fundamental del habeas data y el derecho al olvido sobre registros personales negativos¹, la Sala Penal aborda la cuestión si las personas con antecedentes penales *"habrán de cargar toda su vida y también su descendencia después de su muerte"* con esos registros. A ese interrogante la Sala responde que *"no y la justificación es similar a la expresada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 458/2012 para fundamentar la orden de suprimir como resultado de las búsquedas indiscriminadas de los ciudadanos en la base de datos de antecedentes penales de la Policía Nacional, que la persona cuya cédula de ciudadanía era digitada sí los tenía, no obstante haberse operado el cumplimiento de la pena o su prescripción. (...) Si uno de los propósitos de la publicidad de las sentencias condenatorias tiene que ver con la función de prevención general que cumple la pena, también a ella está vinculado otro objetivo de gran trascendencia que es la reinserción social del condenado "considerado el fin fundamental" de la pena en el artículo 9° del Estatuto Penitenciario y Carcelario o Ley 65 de 1993. Y si bien es cierto se trata de una función que se empieza a operar "en el momento de la ejecución de la pena de prisión", según lo preceptúa el artículo 4° del Código Penal, se entorpecería su materialización tras el cumplimiento de la pena si se continuara permitiendo el conocimiento público e indiscriminado del antecedente penal, ya en la base de datos de la Policía Nacional o en la de sentencias condenatorias de la Corte. (...) Ello favorecería "prácticas discriminatorias en el mercado laboral" y obstruiría "las posibilidades de reinserción de las personas que, cumplida o prescrita la pena, han superado sus problemas con la ley" (SU-458 de 2012, Pág. 37). Se desconocería igualmente el artículo 162 del Código Penitenciario, a través del cual el legislador estableció que, una vez cumplida la pena "los antecedentes criminales no podrán ser por ningún motivo factor de discriminación social o legal (...)"*

Advirtió el censor que, si bien en la legislación penal no existe una regulación específica y clara, en lo que a antecedentes penales² y su temporalidad respecta, puede apreciarse, bajo un criterio sistemático y analógico que en el

¹ Si bien el pronunciamiento de la Sala Penal se circunscribe a la publicidad de los datos personales de las sentencias condenatorias que se encuentran en su página como medio de difusión de su jurisprudencia se estiman, son pertinentes y aplicables al *sub judice*.

² La anterior carencia puede evidenciarse exhorto que le hace la Corte Constitucional en el punto resolutivo 18° (SU-458 de 2012) al Congreso de la República para que *"en la medida de sus posibilidades tramite y apruebe un proyecto de ley estatutaria sobre las condiciones de ejercicio, principios, y mecanismos judiciales y administrativos de protección de los derechos fundamentales relacionados con la administración de las bases de datos personales sobre antecedentes penales."*

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

Código Penal, en el caso de los requisitos para conceder la suspensión de la ejecución de la pena que trata el numeral 3° del artículo 63, el legislador estipuló que *“si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”*. Consideró que en el *sub iudice*, en relación al antecedente penal del señor Pino Calderón de la sentencia de marzo de 2011, como única razón para no acceder al reconocimiento del atenuante del artículo 268 *ibídem* en la sentencia impugnada, no obstante cumplirse los demás requisitos que enuncia tal disposición -que el hurto sea inferior a 1 SMLMV y no se haya causado un daño grave a la víctima-, la fecha en que fue impartida la condena y el comportamiento observado por él durante la ejecución de la pena y posterior a su cumplimiento como criterio subjetivo, eran cuestiones que el Fallador debía analizar en su providencia, los cuales, de haber sido examinados, hubiera reconocido el atenuante referido.

En relación al artículo 268 del Código Penal, la Sala Penal³ ha señalado que *“En los delitos contra el patrimonio económico, la gravedad de la conducta está delimitada, entre otras cosas, por el monto de la apropiación ilegal. [...] el artículo 268 dispone la rebaja de pena de una sexta parte a la mitad cuando “la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un salario mínimo mensual”, siempre y cuando se reúnan los requisitos que serán estudiados más adelante. De vieja data esta Corporación ha resaltado que la cuantía del hurto es un factor importante para establecer la gravedad de la conducta punible, en la medida en que “no consultaría criterios de equidad y de justicia que, encontrándose el funcionario facultado por el legislador para moverse dentro de unos límites, impusiera el mismo castigo a quien atenta contra el patrimonio económico en una cifra pequeña, que a quien lo hace en cuantías millonarias. (CSJ SP, 17 Agos. 2005, Rad. 23458).”*

En virtud de lo expuesto por el censor, solicitó que la providencia impugnada fuese modificada en el sentido de reconocerle al señor Jorge Luis Pino Calderón el atenuante consagrado en el artículo 268 teniendo en cuenta la fecha en que fue emitida la sentencia constitutiva de antecedente penal en el presente caso y en consideración al buen comportamiento que presentó

³ CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia 47532 del 2 de noviembre de 2016.

durante y luego del cumplimiento de la impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar.

En segundo lugar, discrepó el defensor de que a su asistido no se le concediera la prisión domiciliaria transitoria prevista en el Decreto-Ley 546 de 2020, pues en la sentencia impugnada no se hizo ninguna evaluación respecto de la procedencia de la misma en atención a la situación descrita en dicho Decreto-Ley y a la grave situación por la que se atraviesa con ocasión de la pandemia, además de ser una garantía para el condenado, constituía un deber del Juez realizar una referencia y análisis de dicho decreto en el caso concreto, y no solo trasladarle la responsabilidad al INPEC.

A su prohijado le fue impuesta una medida restrictiva de la libertad el 13 de enero de 2020, cumpliendo de manera adecuada con sus compromisos, deberes y prohibiciones. Resaltó además que Pino Calderón convive con su compañera Beatriz Liliana Valencia Marín desde hace 22 años, son los padres de Valeria Mercedes Pino Valencia de 20 años de edad, quien es estudiante de la facultad de Publicidad de la Universidad Pontificia Bolivariana, cursando el tercer semestre, a través de un crédito del ICETEX, pagado por sus padres. El sentenciado desde su estancia en Medellín fue acogido por la familia de su compañera permanente quienes lo consideran una persona responsable, servicial, de buenas costumbres y trabajadora que, pese a las dificultades para conseguir un trabajo estable, ha buscado a través del trabajo informal los medios para conseguir el sustento diario y sacar adelante su hogar. Acotó que se ha desempeñado en diferentes oficios como vendedor ambulante, conductor, y ayudante de electricidad automotriz; en sus entornos laborales nunca ha tenido dificultad alguna, maneja excelentes relaciones interpersonales y es colaborador. Según lo afirmó el procesado, al momento de los hechos ocurridos, se encontraba bajo los efectos del alcohol dado que es bebedor esporádico y el licor le produce trastorno de su personalidad, por lo que no es consciente de sus actos y por ello evita el consumo frecuente de bebidas alcohólicas. Durante su detención domiciliaria ha demostrado un comportamiento ejemplar acatando la medida impuesta, desde su hogar ha realizado oficios artesanales para seguir contribuyendo a la economía del

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

mismo, la cual se ha visto afectada dado la imposibilidad de desempeñar oficios lícitos que le permitan su sustento.

Por todo lo anterior, solicita se le reconozca la diminuyente de punibilidad de que trata el artículo 268 del Código Penal y que, además, se evalúe y considere la procedencia de reconocimiento de la prisión domiciliaria transitoria, en los términos previstos en el Decreto-Ley 546 de 2020 y se modifique el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia.

3.6. La Fiscalía como sujeto procesal no recurrente no realizó pronunciamiento alguno.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004⁴.

4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si la tasación de la pena en el *sub judice* obedeció a los criterios que prevé el Código Penal y la ley. También se determinará si el condenado era acreedor a la prisión domiciliaria transitoria consagrada en el Decreto-Ley 546 de 2020.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

4.3.1. Refiriéndonos al procedimiento de dosimetría de la pena realizado por el *a quo*, advierte la Sala que, desde el punto de vista aritmético, ningún error puede atribuirse al mismo pues los mínimos y máximos punitivos que correspondían legalmente a la conducta punible juzgada, con su

⁴ Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

correspondiente disminución por el allanamiento a los cargos, fueron debidamente determinados por el funcionario de primera instancia, ubicándose correctamente en el primer cuarto de movilidad punitiva por cuanto al procesado no le fueron atribuidas circunstancias de mayor punibilidad, cuarto que oscila entre 144 y 192 meses de prisión, e imponiéndole 152 meses de prisión, es decir, se apartó de manera fundada y debidamente sustentada, del mínimo de la pena. Aplicándole, a renglón seguido, y en virtud a la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 269 del Código Penal -el cual establece una disminución de pena de la mitad a las tres cuartas partes- la máxima rebaja consagrada en dicha norma, del 75%, quedando en consecuencia en 38 meses de prisión. Mismos que se rebajaron a la mitad dada la aceptación unilateral de cargos por parte de Jorge Luis Pino Calderón, antes de realizarse la audiencia concentrada de que trata la Ley 1826 de 2017, quedando la pena definitiva en 19 meses de prisión.

Para la solución del problema jurídico planteado, conforme a los argumentos propuestos por el censor en el recurso de alzada, resulta imperioso determinar si se debía dar aplicación a la circunstancia de atenuación punitiva de que trata el artículo 268 del Código Penal que establece: *“Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.”*

Pues bien, de la lectura que se hace al citado artículo, se desprende sin lugar a dudas, que solo es procedente la referida disminución punitiva si se cumplen los tres presupuestos allí fijados. En otras palabras, deben concurrir todos los requisitos a efectos de la aplicación de dicha atenuante, no es solo el valor de la “cosa” hurtada lo que determina la modificación del ámbito punitivo dispuesto como una circunstancia de atenuación punitiva para las conductas inmersas en los capítulos contenidos en el título VII del Código Penal, sino también, la ausencia de antecedentes penales y, por demás, que no se haya causado grave daño a la víctima dadas sus condiciones económicas.

Así lo indicó de tiempo atrás la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵, y si bien para ese entonces se hacía alusión al artículo 377 de la Ley 100 de 1980 –Código Penal anterior-, es la misma norma referida por el artículo 268 de la ley 599 de 2000, advirtiendo que:

“(...) 3.- La ausencia de ese requisito de procedibilidad no impide añadir, sin embargo, que la sola mención de la sentencia C- 148 de 1998, que declaró exequible el artículo 377 del Código Penal cuya aplicación reclama el recurrente, no resulta suficiente para acreditar el desconocimiento de la ley sustancial, en consideración a que el cumplimiento del aspecto objetivo referido a la cuantía del ilícito, no es el único requisito que se exige para reconocer la rebaja punitiva allí consagrada. Además de ello, es indispensable que se demuestren otros aspectos, tal como la misma Corte Constitucional lo señaló en ese pronunciamiento⁶:

*“En ejercicio de la misma potestad que le confiere la Constitución, el legislador fija otras condiciones en la norma demandada, para acceder al atenuante de la pena en este tipo de conductas. **No solamente el valor del bien objeto de la falta debe ser inferior a diez mil pesos (teniendo en cuenta las consideraciones de la presente sentencia) sino que el infractor, para tener derecho al beneficio allí contemplado, debe carecer de antecedentes penales y no haber ocasionado grave daño a la víctima atendida su situación económica.***

***Sólo si se cumplen estos tres requisitos, se da el presupuesto de la norma, es decir, el atenuante de la pena.** Tales requisitos también se encuentran ajustados a la Carta pues caben en el ámbito de la autonomía del legislador para fijar las penas y las condiciones en las que un infractor se vería cobijado por un trato benévolo por parte del Estado”.*

*Significa lo anterior que **la rebaja punitiva no opera ipso iure, sino que es necesario que se reúnan los otros presupuestos aludidos**, respecto de los cuales el libelista no hizo ninguna mención en su libelo, lo cual habría impedido acreditar que en realidad su representado se hacía merecedor a la rebaja.” (Negrillas de la Sala)*

Aunado a lo anterior, se tiene que en este evento es incuestionable que el valor del bien objeto del delito es inferior a un salario mínimo, porque así lo estableció la propia víctima en la denuncia -\$600.000 pesos-, pero también quedó plenamente establecido, conforme lo afirmado por el señor Fiscal en la audiencia de individualización de pena, que el procesado cuenta con un antecedente penal, por sentencia condenatoria proferida el 2 de marzo de 2011 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar-Cesar.

⁵ Auto del 11 de marzo de 2003, Radicado 19234, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

⁶ Haciendo alusión a la Sentencia C-148 del 23 de abril de 1998.

Coligiéndose entonces que esa sola circunstancia imposibilita la aplicación del atenuante deprecado, pues aunque fue una sentencia proferida 7 años antes de la ocurrencia de los hechos objeto de este asunto, la normatividad en cita no refiere un límite temporal, como sí lo establece por ejemplo, el artículo 68A del Código Penal, para la concesión de beneficios o subrogados; al respecto, no está de más resaltar que fue la reincidencia el factor determinante en el Legislador para implementar tales prohibiciones a beneficios.

Lo cierto es 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. Son una especie de dato personal negativo al representar situaciones “*no queridas, perjudiciales, socialmente reprobadas o simplemente desfavorables*”⁷; afirmar que una persona registra antecedentes penales equivale a decir que un día cometió un delito, que por este fue procesada y que el Estado le impuso una pena. Así mismo, en la sentencia SU-458 de 2012 referida por el censor, la Corte Constitucional señaló que los antecedentes penales constituyen un dato negativo, por cuanto asocian el nombre de una persona con “*la ruptura del pacto social, con la defraudación de las expectativas normativas, con la violación de los bienes jurídicos fundamentales*”.

Ahora bien, a efectos de brindar claridad acerca de lo que constituye un antecedente penal, el primer referente es nuestra Carta Magna, que en su artículo 248 definió: “*Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.*” Esta norma está destinada a producir efectos jurídicos que pueden ser tenidos en cuenta por las autoridades públicas como criterio de exclusión o limitación de determinados privilegios.

Así mismo, 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:

⁷ Sentencia C-185 de 2003.

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

“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”.

A su vez, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con Radicado 20597 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”

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. Para esta Sala el objetivo de los antecedentes es establecer si existe una prohibición o inhabilidad para poder ejercer la función pública, también para poder ser proveedor con el Estado, así mismo sirve para la dosimetría de la pena y demás circunstancias –beneficios- en la ley y, finalmente, como medio de consulta para establecer la reincidencia de un individuo.

Es importante en todo caso resaltar que los antecedentes no pueden ser usados como agravante punitivo, pues con ello se estaría en presencia de un castigo adicional para el procesado con grave perjuicio y desconocimiento de los fines de la pena. No obstante, la carencia de los mismos si es un factor diferenciador a efectos de la concesión de beneficios, subrogados y hasta rebajas punitivas –como en el *sub judice*-, iterándose en este caso que, a diferencia de otras disposiciones del Código Penal, como el artículo 68A, el 268 no establece ningún límite temporal a efectos de tener en cuenta esos antecedentes penales y, por ende, no puede estarse solo a los 5 años anteriores porque eso no es lo que consagra expresamente la Ley y, en aplicación al principio general de interpretación jurídica “*donde la norma no*

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

distingue, no le es dado al interprete hacerlo". En consecuencia, ante la falta de concurrencia de todos los presupuestos establecidos en el artículo 268 del Código Penal, se excluye de manera objetiva la posibilidad de aplicación del mismo.

4.3.2. Por último, respecto de la solicitud del censor de que se le conceda a su asistido la prisión domiciliaria transitoria consagrada en el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, solo tiene por decir esta Sala que la misma es improcedente en tanto el artículo 6° de dicha disposición, que establece los delitos excluidos de ese beneficio, determina taxativamente que no proceden las medidas allí contempladas para, entre otros, el Hurto Calificado cuando se haya cometido con violencia sobre las personas, como en el *sub examine*.

Con fundamento en lo expuesto, la **SALA DECIMOTERCERA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juez Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento que condenó a Jorge Luis Pino Calderón a la pena de diecinueve meses de prisión, por la comisión del delito de Hurto calificado y agravado.

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00731
Sentenciado: Jorge Luis Pino Calderón
Delito: Hurto calificado y agravado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'NELSON SARAY BOTERO', written in a cursive style.

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA', written in a cursive style.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado