



## **SALA PENAL**

Magistrado Ponente:

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Apelación sentencia: 2018-13002

Aprobado mediante acta 99

Medellín, agosto primero (1) de dos mil veintidós (2022)

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia emitida por la Juez Cuarenta y Siete Penal Municipal de esta ciudad, mediante la cual se condenó al señor **Emmanuel Mejía González** por el delito de hurto calificado agravado, previsto en los artículos 239, 240, inciso 2, y 241, numeral 10, del Código Penal.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La sentencia.**

El 5 de abril de 2018, la fiscal 77 local de Medellín dio traslado del escrito de acusación en contra del señor **Emmanuel Mejía González**, señalándolo como autor del delito de hurto calificado (artículos 239, 240 inciso 2, y 241, numeral 10, del

Código Penal) por los siguientes hechos, señalados en la sentencia:

“En la ciudad de Medellín, el día 04 de abril de 2018, en el sector de la Avenida La Playa centro de la ciudad, fue despojado de sus pertenencias el señor José María Hernández Montoya por tres sujetos quienes para cometer el hurto utilizaron armas blancas. En patrullaje de rutina que hacían funcionarios de la policía por la carrera 49 con calle 49, escucharon gritos de auxilio “cojan a ese ladrón” y al verificar encuentran que la ciudadanía tenía retenido a un sujeto, el cual fue trasladado al CAI de San Antonio. Momentos después, se acerca el señor José María Hernández Montoya y señala a esta persona como la que momentos antes en compañía de otros, le hurtaron sus pertenencias, las cuales eran un celular marca Samsung modelo 6532M, color gris, avaluado en la suma de \$377.000 pesos. Objeto que le fue encontrado al capturado luego de haber sido requisado. Este ciudadano es plenamente identificado como EMMANUEL MEJÍA GONZÁLEZ.”

El 13 de mayo de 2019 se instaló el juicio oral (teoría del caso y presentación de estipulaciones), pero el fiscal a continuación solicitó su aplazamiento, dejando constancia el Juez de que el INPEC informó que el acusado no se encontraba cumpliendo con la prisión domiciliaria. En la continuación del juicio, el 2 de noviembre de 2021, más de dos años después, el procesado aceptó los cargos atribuidos, a lo cual accedió el despacho manifestando que en el artículo 539 del CPP, frente a la aceptación de cargos en el procedimiento abreviado en la etapa procesal actual, la rebaja era de una sexta parte de la pena. Indicó que para el inicio del juicio el ciudadano no estaba presente, pues pese a que se encontraba con medida domiciliaria no la cumplió, pero que teniendo en cuenta que no hubo un desgaste

significativo a la administración de justicia, más allá de las estipulaciones, el procesado tendría derecho a una rebaja de hasta la sexta parte de la pena imponible. La fiscalía estuvo de acuerdo con esta situación, e informó que no hubo incremento patrimonial porque el celular hurtado fue recuperado, y que en etapas iniciales del proceso se había fijado la suma de los perjuicios en \$ 30.000 y después en \$ 20.000.

En razón de la aceptación de los cargos por parte del acusado, y luego de que se verificara que su consentimiento fue libre, consciente y voluntario, fue condenado a la pena principal de de sesenta (60) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, y cuya dosificación, que es motivo de apelación, se realizó de la siguiente manera: ubicada en los artículos 239, 240, inciso segundo<sup>1</sup>, y 241, numeral 10, del Código Penal, cuya pena es de 12 a 28 años, y con la diminuyente del artículo 268 (*"cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual"*), se debe disminuir la pena de de una tercera parte a la mitad, quedando entonces la pena de 72 meses a 224 meses de prisión, eligiéndose finalmente el mínimo del primer cuarto, esto es, 72 meses, porque no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad, se reconoció la atenuante por carencia de antecedentes penales, y se indicó que en este caso la violencia ejercida sobre la víctima fue la connatural al hecho.

---

<sup>1</sup> por la violencia sobre las personas.

Finalmente, por el allanamiento en juicio oral, de conformidad con el artículo 539 del CPP, se rebajó la pena en la sexta parte, quedando en sesenta (60) meses de prisión.

A continuación, la Juez se refirió a la solicitud de las partes acerca del reconocimiento de la disminución de que trata el artículo 269 de la misma norma, no accediendo a ella porque en los elementos aportados, entre ellos la denuncia, la víctima afirmó que estimaba sus perjuicios en dos millones de pesos, y pese a que fiscal en audiencia de 447 señaló que *"a mano alzada existían anotaciones del Fiscal anterior, señalando los perjuicios en las sumas de veinte y treinta mil pesos"*, de ello no había certeza, por lo que no se sabía el valor real en que la víctima había disminuido el monto de sus perjuicios, si es que lo hizo. Esa sola anotación a la que se refirió el fiscal, no constituye una constancia de la cual se pueda extractar que en una fecha determinada se habló con la víctima y la misma decidió fijar el valor de la reparación en uno distinto al que había dicho bajo juramento.

Adicionalmente, manifestó que si se aceptara que el valor de los perjuicios era \$ 20.000, se aportó un formato de depósito judicial sin fecha, sin número de operación, sin sellos del banco, ni anotaciones que lleven a concluir que esa suma efectivamente fue depositada en favor de la víctima, aspectos que pudieron ser aclarados *"y establecer la defensa"*. La reparación de los perjuicios debe ser integral, en la cifra que determine el afectado y no la Fiscalía, y la prueba del pago es carga de las partes, si la víctima hubiera comparecido, se habría aclarado por el despacho lo atinente a la suma fijada, pero ante su ausencia solo quedaba la incertidumbre acerca

del monto de los perjuicios y su pago, por tanto, consideraba que no se probaron estos conceptos.

Finalmente, los mecanismos sustitativos del encarcelamiento fueron negados por la prohibición legal prevista en el artículo 68A del Código Penal, indicándose que se abonaría como parte cumplida de la pena, el tiempo que estuvo privado de la libertad por este delito, *“dejando constancia que al momento de las audiencias preliminares se le impuso medida de aseguramiento de detención en su lugar de domicilio, pero para junio 21 de 2018, ya no compareció a las audiencias, y en julio 09 de 2018, el Inpec informó que el acusado no estaba cumpliendo con la medida impuesta, lo cual fue reiterado en septiembre 25 de 2018”*. En consecuencia, *“la prueba existente es de cumplimiento de la medida por aproximados cuatro meses y después se evadió, lo cual no ofrece un pronóstico positivo para considerar, que cumple requisitos objetivos y subjetivos, en voces del artículo 38G del CP, para determinar que el cumplimiento de la pena pueda continuarlo en el domicilio, como solicita la defensa”*. Por ello, se ordenó la captura.

## **2. La apelación.**

La defensa interpuso recurso de apelación, solicitando, primero, que se redosifique la pena impuesta conforme al artículo 269 del Código Penal por indemnización integral a la víctima y, segundo, se abone como parte cumplida de la pena el tiempo que estuvo detenido su representado por este asunto, en detención domiciliaria del 5 de abril de 2018, a la

fecha de la sentencia, (21 de diciembre de 2021), 3 años, 8 meses y 16 días.

En relación con el primer aspecto, manifestó que lo que hizo la Juez en su sentencia fue avalar la exagerada pretensión indemnizatoria de la víctima sin hacer presencia en audiencia a ratificar o reevaluar el valor estimado de sus perjuicios en la suma de \$2.000.000, lo cual hubiera sido muy diferente a que haya declarado allí que el procesado no indemnizó integralmente los perjuicios a la víctima o que hubiese sido ratificado por su representante.

En este sentido, se refirió a la sentencia de la Corte SP1300-2019 del 10 de abril de 2019<sup>2</sup>, resaltando que: **"ADEMÁS, NO BASTA CON LAS AFIRMACIONES DEL DEMANDANTE, PUES SE REQUIERE DE UNA PARTE QUE LAS SUMAS SE ENCUENTREN SEÑALADAS DE MANERA RAZONADA Y DE OTRA QUE, DE CONFORMIDAD CON LA SUSTANCIALIDAD DE LAS FORMAS, DEBE MEDIAR UN PRINCIPIO DE ACREDITACIÓN, AL MENOS PRECARIO, DE CUANTO SE EXPRESA EN ÉL."**

Argumentó que resultaba *totalmente exagerado* que el bien hurtado, un celular estimado por la víctima en \$ 377.000, los perjuicios lo sobrepasen sin mediar ninguna justificación o tasación de los mismos y en debida forma por parte de la víctima o su representante, conforme a la sentencia 39462 del 9 de octubre de 2013, lo cual permite hacer la aclaración, como lo que dice el art. 269 del CP. Los perjuicios descritos

---

<sup>2</sup> Con ponencia del doctor José Francisco Acuña Vizcaya.

fueron delimitados de manera precaria, puesto que se fijaron según la Fiscalía en \$20.000, conforme a los escritos y anotaciones que hay en el expediente, *"lo cual condujo en error a mi prohijado quien procedió a cancelar como se ha expuesto en precedencia, siendo imposible superar tal yerro a modo de suposición; o porque basados en tal abstracción, se ejecute una defensa activa en juicio"*.

Concluyó, que solo en la medida en que la víctima o su representante hubiesen objetado el valor consignado de no haber sido indemnizados integralmente, no procedería la rebaja de pena del artículo 269 del Código Penal, pero por el contrario guardaron total silencio sobre el pago de perjuicios, los cuales fueron señalados por la fiscalía, consignando el acusado el valor indicado como perjuicios tasados a la víctima. Y es claro que, si la pena "redosificada" es inferior a los 36 meses de prisión, su representado tendría derecho a la prisión domiciliaria, la cual le fue negada porque *"no colmaba con la exigencia objetiva prevista en la norma"*.

En relación con lo segundo, censuró que no se tuvo en cuenta el descuento punitivo "de la detención precautelativa". El artículo 31 de la Ley 1709 de 2014, establece que: *"El incumplimiento de las obligaciones impuestas dará lugar a la revocatoria mediante decisión motivada del juez competente"*, y el funcionario del INPEC encargado del control de la medida o el funcionario de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, detendrá inmediatamente a la persona que está violando sus obligaciones y la pondrá en el término de treinta y seis horas (36) a disposición del Juez que profirió la respectiva medida

para que adopte la decisión correspondiente, aludiendo a sentencia C-411 del 1 de julio de 2015, concluyendo que el despacho no precisó, ni así lo dejó ver la Fiscalía, cual fue la decisión que revocó la medida impuesta. Por tanto, indicó que era pertinente que *“se aplique el tiempo que estuvo en detención domiciliaria del 5 de abril de 2018, a la fecha de la sentencia esto es el 21 DE DICIEMBRE DE 2021 (3 años 8 meses 16 días)”*, cumpliendo a cabalidad la pena impuesta, pues el incumplimiento de las obligaciones a las que aludió el Juzgado, no fueron objeto de revocatoria mediante decisión motivada de un juez competente.

## **CONSIDERACIONES**

La sustentación del recurso delimita el objeto de impugnación en la solución de dos problemas jurídicos: (i) el otorgamiento de la rebaja de pena de que trata el artículo 269 del Código Penal, y (ii) la ausencia de reconocimiento del tiempo de privación de la libertad en detención domiciliaria, discusión en la que no participaron ni la Fiscalía ni el delegado del Ministerio Público como no recurrentes.

En relación con el primer aspecto que se discute, observamos que la pena fijada para la conducta delictual se encuentra ajustada a la legalidad, y en concreto ello no fue objeto de impugnación. Al procesado se le imputó la comisión del delito de hurto calificado agravado de conformidad con los artículos 239, 240, inciso 2, y 241, numeral 10, del Código Penal, cuyo mínimo es de 72 meses, luego de que se aplicara la rebaja de que trata el artículo 268 de la misma norma, y al

reconocérsele la rebaja de la sexta parte por el allanamiento, la pena definitiva quedó en 60 meses de prisión.

En este sentido, el reproche del apelante consiste en la ausencia de reconocimiento de la rebaja que establece el artículo 269 del Código Penal, en el cual se determina lo siguiente: *“El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”*.

Conforme a estos parámetros, tenemos que en audiencia se indicó que el celular hurtado fue recuperado, y respecto de los perjuicios, el actual fiscal manifestó *“que de acuerdo a las notas que dejó el doctor Miguel Ángel, la víctima en etapas iniciales del proceso, los había fijado en \$ 30.000”*<sup>3</sup>, dinero que efectivamente fue consignado por el acusado.

Respecto al primer aspecto, hemos dicho que conforme lo ha establecido desde años atrás la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se puede acceder a la rebaja cuando el objeto hurtado ha sido recuperado, pero que en todo caso deben resarcirse los perjuicios. En ese sentido, por ejemplo en las sentencias del 13 de febrero de 2003 (radicado 15613), reproducida posteriormente en los fallos del 9 de abril de

---

<sup>3</sup> Registro 14:07.

2008 (radicado 28161) y octubre 7 de 2015 (P11895-2015/44618), se indicó lo siguiente:

3. Si el objeto material del delito desaparece, se destruye o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, la exigencia legal se cumple si paga su valor e indemniza el perjuicio causado.

4. Si no se logra el apoderamiento del objeto material —como ocurre en la tentativa— o éste es recuperado por las autoridades, la rebaja opera si el responsable resarce los perjuicios causados con el hecho punible.

En este caso, el inconveniente es que el resarcimiento o indemnización a la víctima por valor de \$ 20.000, no tiene ningún soporte en alguna manifestación de ésta o de su representante acerca de su valor, tampoco en un dictamen, y por esta razón la decisión de la Juez resulta correcta.

Tanto el fiscal como el apoderado de la víctima mencionaron la imposibilidad de ubicarla en las audiencias, y la estimación del valor del resarcimiento surgió a partir de la simple manifestación del actual Fiscal acerca "*que de acuerdo a las **notas** que dejó el doctor Miguel Ángel, la víctima en etapas iniciales del proceso, los había fijado en \$ 30.000*"<sup>4</sup>, pero no se tiene ningún conocimiento de si ello realmente tiene fundamento, al punto de que ante la insistencia de la Juez en relación con el origen de esa información, el fiscal relacionó a continuación dos cifras: "*en anotaciones escritas a mano por el doctor Miguel Ángel, hay dos constancias, uno donde dice que son 20 y en otra que dice que son 30*", lo que genera aún

---

<sup>4</sup> Registro 14:07.

mayor incertidumbre acerca de dónde surgió esa información, especialmente si se tiene en cuenta lo manifestado por la víctima en su denuncia<sup>5</sup>:

“... PREGUNTADO: MENCIONE EN CUANTO ESTIMA LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR ESTOS HECHOS CONTESTO: \$2.000.000 MILLONES DE PESOS...”.

Acerca del proceso de verificación que debe realizar el Juez en cuanto a la indemnización integral de la víctima, también por vía de la jurisprudencia, se ha aceptado que, por su esencia civil, entre víctima e imputado puedan existir transacciones acerca de su cuantía, o que incluso “*operen otros mecanismos de justicia restaurativa diferentes del pago monetario*”, conforme se indicó en decisión del 19 de junio de 2013, radicado 39719, en la que también se indicó lo siguiente:

“De igual manera, es factible que la reparación del daño opere simbólica o no patrimonial, bajo el entendido que la satisfacción de las necesidades particulares de las víctimas no necesariamente implica recibir dinero o reemplazar con este el daño ya causado cuando, entre otras circunstancias, el procesado no cuenta con medios económicos para el efecto.”

Esta decisión fue reiterada en sentencia del 7 de octubre de 2015, radicado 44618<sup>6</sup>, en la que adicionalmente, y en lo que nos interesa resaltar, se expuso que la víctima tiene la facultad de no reclamar ningún perjuicio y que las

---

<sup>5</sup> Del 4 de abril de 2018.

<sup>6</sup> Con ponencia del doctor Eyder Patiño Cabrera.

consecuencias que surjan a partir de esa decisión, no pueden ser objeto de reproche o exigencias adicionales por parte del Juez:

4. Así las cosas, es imperioso que al proceso penal se lleve un elemento que demuestre que el acusado, antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, restituyó el valor del objeto hurtado y que indemnizó los perjuicios causados.

**Como la víctima es la primera llamada a determinar la cuantía de aquellos (CSJ SP, 22 jun. 2006, rad. 24817 y CSJ SP16816-2014, rad. 43959), podrá negociar o transar con el enjuiciado su valor y la forma de cancelación. Dado su poder de disposición podrá, incluso, no reclamar perjuicios de alguna índole o manifestarse conforme e indemnizada con el reconocimiento económico que haga el victimario, aún si el mismo refleja un valor inferior al del elemento hurtado.**

**Al juez, en estos casos, le corresponde «velar porque el propósito reparatorio del victimario efectivamente cubra los derechos de las víctimas y, por contera, la amplia rebaja punitiva establecida como contraprestación tenga fundamento material y no se torne en graciosa dádiva judicial.»** (CSJ SP, 19 jun. 2013, rad. 39719), pero ello no lo legitima para suplantar a la perjudicada con el punible cuando ella ha decidido no reclamar perjuicios, ya sea porque no los sufrió o simplemente porque se sintió satisfecha con el ofrecimiento hecho por el procesado.

Por consiguiente, si la víctima ha expresado encontrarse conforme con el reconocimiento económico, con independencia de su valor, el juez no puede cuestionar la pretensión indemnizatoria, en cuanto tan solo le corresponde verificar que la misma *«recoja el querer de la ley para que sea integral y se estime de manera razonada, no como consecuencia de una intervención rutinaria y superficial de la*

*víctima del delito»* (CSJ SP, 13 feb. 2003, rad. 15613)

Bajo esos términos, si la ofendida no rechaza la propuesta que como indemnización hace el procesado y expresa de manera libre, consiente y voluntaria sentirse satisfecha o decide no reclamar valor alguno por concepto de perjuicios, el juez está impedido para hacer algún reproche.<sup>7</sup>

No obstante lo anterior, en este caso el inconveniente se presenta es con que a ninguna de la partes, especialmente a la defensa, que es a la que le interesaba que su representado accediera a la rebaja, le interesó contactar a la víctima para entender su ausencia de interés en el pago de los perjuicios posiblemente porque recuperó sus pertenencias, o por lo menos tratar de constatar si realmente los perjuicios habían sido tasados realmente por ella en 20.000 o 30.000 pesos, máxime si divergen de lo manifestado en la denuncia, incluso simplemente contactando al fiscal anterior, porque es evidente que ni siquiera el fiscal actual pudo dilucidar con claridad el interés de la víctima en el pago de esas cifras, y en esa medida no podemos entender que se ha cumplido el requisito para la concesión del descuento.

Más allá de si resultaban exagerados o no los perjuicios inicialmente tasados, lo relevante es que la defensa tuvo la posibilidad de controvertirlos con cualquier otro medio de prueba y no lo hizo, y el yerro en el que supuestamente incurrió su representado también pudo haber sido fácilmente superado con su asesoría. El Juez está en la obligación de velar por los derechos de las víctimas y en esa medida

---

<sup>7</sup> Negrilla y subraya nuestra.

verificar su efectivo resarcimiento o su desinterés, y por ello no resulta tampoco correcto el argumento de que su ausencia o falta de objeción debe entenderse de manera automática como aceptación.

Adicionalmente, olvida el recurrente que entre los perjuicios también se encuentran los daños morales en los que eventualmente pudo incurrir la víctima, y que reiteramos no han sido desacreditados, conforme a lo que le correspondía.

En estas condiciones, conforme lo manifestó la Juez de primera instancia, no procedía la rebaja del artículo 269 del Código de Procedimiento Penal.

Como segundo aspecto de discusión, el defensor manifestó que no se tuvo en cuenta el descuento punitivo de su representado en detención domiciliaria. En ese sentido debemos recordar el argumento de la Juez en la sentencia, luego de determinar que no eran procedentes ninguno de los sustitutos del encarcelamiento, por prohibición legal:

“Por lo anterior el señor EMMANUEL MEJÍA GONZÁLEZ habrá de purgar la pena impuesta, en el establecimiento de reclusión que para tal efecto determine la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC. **Se le abona como parte cumplida de la pena el tiempo que estuvo privado de la libertad por este delito, dejando constancia** que al momento de las audiencias preliminares se le impuso medida de aseguramiento de detención en su lugar de domicilio, pero para junio 21 de 2018, ya no compareció a las audiencias, y en julio 09 de 2018, el Inpec informó que el acusado no estaba

cumpliendo con la medida impuesta, lo cual fue reiterado en septiembre 25 de 2018. Por lo tanto, la prueba existentes es de cumplimiento de la medida por aproximados cuatro meses y después se evadió, lo cual no ofrece un pronóstico positivo para considerar, que cumple requisitos objetivos y subjetivos, en voces del artículo 38G del CP, para determinar que el cumplimiento de la pena pueda continuarlo en el domicilio, como solicita la defensa. Por ello, se libraré orden de captura en su contra.” (Negrilla nuestra)

Ningún desconocimiento del término de privación de la libertad se observa.

La Juez, sin tomar una decisión de fondo acerca de los constantes incumplimientos por parte del acusado respecto sus obligaciones por la detención domiciliaria que le fue concedida, simplemente dejó constancia de ello, entendemos que para controvertir el supuesto pronóstico positivo argüido por la defensa, para la concesión del sustituto de que trata el artículo 38G del Código Penal, y ello no fue objeto de discusión por el apelante.

El recurso de apelación tiene como condición procesal inicial la existencia de una determinación proferida por un juez, de la que pretende su modificación, revocatoria o anulación. Una segunda instancia supone dos exámenes y decisiones por dos jueces diferentes que, en una relación de superior a inferior, se impone por autoridad funcional el primero.

Precisamente, la relación jurídica que surge a partir de una sentencia o auto, se exige, acorde con el artículo 179 de la

Ley 906 de 2004<sup>8</sup>, que la sustentación del recurso de apelación satisfaga el deber de presentar una argumentación orientada a controvertir los argumentos que fundamentan una decisión que en particular, de las tomadas, desea que sea revisada en una segunda instancia. Ha insistido la Sala de Casación Penal que:

En este sentido, impera precisar que la argumentación sobre la cual descansa el disenso en el recurso de apelación, no comporta la obligación de presentar fórmulas sacramentales, ni reclama derroteros formales específicos, aunque sí demanda precisar las razones concretas de inconformidad, que necesariamente deben referirse a los motivos que soportaron la decisión cuestionada.

De esta manera, la crítica ha de contar con un norte específico que haga ver los yerros que soportan la decisión y presente los criterios claros que permitan avalar la tesis de modificación o revocatoria de la misma<sup>9</sup>.

Con estos parámetros, al no existir decisión que realmente desconozca el término de privación de la libertad previo a la sentencia, la Sala carece del objeto procesal para decidirla y no queda otro camino que rechazar el recurso de apelación respecto de este punto.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y la Ley:

---

<sup>8</sup> Modificado por el artículo 90 de la ley 1395 de 2010.

<sup>9</sup> CSDJ.SP Auto del 4 de marzo de 2020, AP789-2020- radicado 56391.

## **FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia apelada.

**Segundo:** Por ausencia de objeto, se rechaza el recurso de apelación en relación con la pretensión de que se reconozca el término de privación efectiva de la libertad previa a la sentencia de primera instancia, decisión de la que se informa que procede el recurso de reposición.

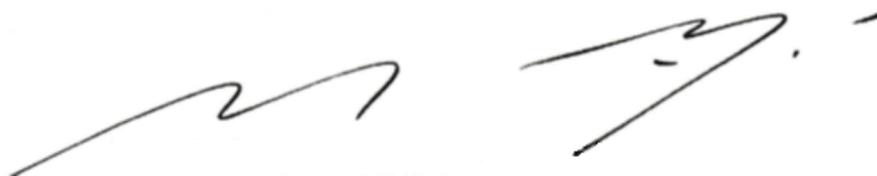
Esta decisión se notificará de manera virtual, y se informa que contra la misma procede el recurso de casación.

## **CÚMPLASE**

Los magistrados,



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**



**MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**



**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN.**