



## **SALA PENAL**

*Medellín, viernes dos (2) de septiembre de dos mil veintidós (2022)*

*Aprobado en la fecha, acta Nro. 136*

*Sentencia de segunda instancia Nro. 34*

*Radicado: 05-212-60-00201-2022-00503*

*Acusados: Santiago Serna Ibarra, Steven Hernando Ortiz Serna*

*Delito: Hurto calificado agravado*

*Magistrado ponente: César Augusto Rengifo Cuello*

*Lectura: viernes 2 de septiembre de 2022. Hora: 03:10 p.m.*

*Decide la Sala el recurso vertical de apelación interpuesto por la defensa del procesado SANTIAGO SERNA IBARRA, contra la sentencia condenatoria vía allanamiento proferida por el Juez Tercero Penal Municipal de Bello, Antioquia, el 17 de agosto de 2022 , dentro del trámite abreviado seguido en este caso en contra de los acusados como responsables del delito de hurto calificado agravado, siendo motivo de inconformidad, “los parámetros utilizados por la primera instancia al momento de individualizar e imponer la pena, concretamente en relación con la elección del cuarto punitivo.”*

### **EPÍTOME FÁCTICO**

*Los hechos investigados habrían ocurrido el 28 de mayo de 2022, a eso de las 22:50 horas en la carrera 49, vía pública del barrio Simón Bolívar en el Municipio de Copacabana, siendo capturados SANTIAGO SERNA IBARRA Y STEVEN HERNANDO ORTIZ SERNA por unidades de la policía que acudieron al lugar por información de la Estación según la cual en el pasaje comercial estaban*

golpeando a unos ciudadanos, observando al llegar al lugar que efectivamente la comunidad agredía a dos sujetos, por lo que intervinieron para salvaguardarles la vida y conocieron por dichos de la víctima, del hurto del celular MARCA VIVO valorado en un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000,00) de propiedad de VALERIA GUTIERREZ FLOREZ, del cual había sido despojada minutos antes, cuando se encontraba en los bajos del puente peatonal de Electrocontrol en la autopista norte, por el parrillero de una motocicleta, quien resultó ser SANTIAGO SERNA IBARRA, el cual intimidó a la víctima con un cuchillo que le puso en su cuello despojándola del móvil, y dándose a la fuga con el conductor de la motocicleta de placas SJK61F, identificado como STEVEN HERNANDO ORTIZ SERNA, siendo perseguidos por un ciudadano que se desplazaba en otro velocípedo, quien mediante voces de auxilio avisa a la comunidad que enardecida detiene a los birladores en su fuga y les causa lesiones.

Instantes después la víctima arriba al sitio en un taxi y reconoce a los latrocidias, señalándolos ante los uniformados que hicieron presencia en el sitio, quienes le encontraron a STEVEN el teléfono móvil hurtado, el cual es devuelto en el acto a su propietaria, mientras que los cacos quedan detenidos en flagrancia.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

1. El 29 de mayo de 2022 ante el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se legalizó la captura de SANTIAGO SERNA IBARRA Y STEVEN HERNANDO ORTIZ SERNA, y se legalizó el procedimiento de incautación de la motocicleta con placas SJK61F, realizando la Fiscalía el traslado del escrito de acusación, enrostrándoles a los detenidos el delito de hurto calificado agravado previsto en el art. 239 del C. Penal, inc. 2° del art. 240 ibid., (con violencia sobre las personas), y 241.10 ejusdem, (por dos o más personas), que contempla una pena de prisión de 12 a 28 años, sin allanamiento a cargos, y con imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario.

2. El 2 de agosto de 2022, se varió el objeto de la audiencia concentrada por verificación del allanamiento a cargos de parte de los coprocesados, emitiendo

la primera instancia anuncio de fallo de carácter condenatorio, no sin antes escuchar en audiencia de individualización de pena y sentencia mencionar a la Fiscalía que el procesado SANTIAGO SERNA IBARRA cuenta con sentencia condenatoria proferida por el mismo despacho el 27 de noviembre de 2019, por el delito de hurto calificado agravado, indicando que el padre del señor Steven figura como tercero de buena fe propietario del rodante utilizado en este caso, mientras que la defensa se limitó a solicitar que se concediera la máxima rebaja prevista por allanamiento a cargos antes de la audiencia concentrada, así como la máxima rebaja por indemnización integral de perjuicios realizados debidamente acreditado, sin elevar peticiones sobre subrogados penales por expresa prohibición.

3. La sentencia fue leída el 17 de agosto de 2022, interponiendo la defensa del condenado SANTIAGO SERNA IBARRA el recurso vertical de apelación en relación con los parámetros utilizados por la primera instancia al momento de individualizar e imponer la pena, concretamente en relación con la elección del cuarto punitivo.

4. Este el motivo de disenso que le corresponde resolver a esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín actuando como juez de segunda instancia.

#### **DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

Agotado el respectivo control de legalidad de la actuación, una vez verificada la existencia de un mínimo de prueba para condenar y la legalidad del allanamiento a cargos, para lo que nos interesa, es claro que en el caso de SANTIAGO SERNA IBARRA el funcionario ponderó que se demostró que reporta sentencia condenatoria por el mismo delito que se juzga en este caso y que data del año 2019, en consecuencia, no resulta aplicable la circunstancia de menor punibilidad del art. 55 del C. Penal, en razón de la carencia de antecedentes penales.

Por otra parte, señala que para efectos de la tasación de la pena tiene en cuenta que concurre la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 19

del canon 58 de la obra sustantiva, adicionado por la ley 2197 de 2022, concluyendo así que el cuarto dentro del cual debe moverse el juez frente al puntual caso del prenombrado corresponde al máximo, esto es, de 228 a 336 meses de prisión.

Así las cosas, decidió el fallador de primer grado, en relación al procesado SANTIAGO SERNA IBARRA, partir de la pena mínima del cuarto máximo, aplicando las correspondientes rebajas en virtud de los fenómenos post delictuales, a saber, por el allanamiento a cargos un 50%, y por la indemnización de perjuicios en \$805.000 un descuento del 75%, para una pena final 36 meses de prisión sin derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria. Por su parte STEVEN HERNANDO ORTIZ resultó condenado a 18 meses de pena aflictiva de la libertad.

#### **DEL RECURSO DE APELACIÓN**

La defensa técnica del acusado SANTIAGO SERNA IBARRA interpone el recurso vertical de apelación el cual sustenta de forma escrita y en el término de ley, manifestando que la primera instancia examinó de manera inadecuada las circunstancias de menor y mayor punibilidad que concurren en el caso objeto de estudio, arguyendo que no se tuvo en cuenta la circunstancia prevista en el numeral 6° del art. 55 del C. Penal, como quiera que su patrocinado reparó integralmente a la víctima y ello quedó plenamente acreditado dentro de la actuación, por lo que en su criterio el funcionario debió moverse dentro del cuarto medio, esto es, de 192 a 288 meses, lo que varía ostensiblemente la pena a imponer.

Adicionalmente, considera la letrada que la modificación introducida por la ley 2197 no aplica ni debería tenerse en cuenta en el caso de su defendido, ya que el momento de los hechos no se encontraba vigente dicha causal (Cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso), a lo que se suma que en audiencia del art. 447 la Fiscalía no corrió

*traslado de la sentencia que se dice data del año 2019, con lo cual impidió que la defensa pudiera conocerla y controvertirla.*

*A la par estima entonces la inconforme que según los criterios del artículo 61 del C. Penal el funcionario debió ubicarse en el cuarto inferior de movilidad punitiva, esto es, de 144 a 192 meses, procediendo a realizar los descuentos punitivos en razón de los fenómenos post delictuales de rigor, partiendo en todo caso del quantum o extremo mínimo del respectivo cuarto ya que en este caso solo concurren circunstancias de menor punibilidad, en razón de la indemnización integral de perjuicios y la carencia de antecedentes penales.*

*Estas las razones por las que se solicita adelantar una nueva dosificación de la pena impuesta. Subsidiariamente, de llegar a concluir la Sala que concurre la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el numeral 19 del art. 58 del C. Penal, considera que en todo caso resulta necesario adelantar una nueva dosificación de la pena impuesta que contemple en favor del procesado la circunstancia de menor punibilidad fijada en el ordinal 6° del artículo 55 ibid.*

### **CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER**

*La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.*

*Huelga señalar además que no se puede agravar la situación del condenado SERNA IBARRA como quiera que su defensa técnica actúa como único apelante, ello, en atención a la garantía consagrada en el canon 31 de la Carta Política y 20 del Estatuto Procedimental Penal.*

*Teniendo en cuenta entonces que en la apelación no se discute lo que tiene que ver con la materialidad del delito investigado ni con la responsabilidad de los coacusados en la comisión del ilícito, la Sala en esta oportunidad se ocupará*

de los temas materia de inconformidad, sin que esté de más advertir que no se avizoran causales que invaliden la actuación y demanden un pronunciamiento oficioso de nuestra parte.

Bajo este estricto panorama y visto entonces lo que es objeto de censura, es preciso que entremos a analizar si el proceso de dosimetría penal agotado por el a quo se realizó con sujeción a las previsiones legales y constitucionales en la materia, concretamente en lo que tiene que ver con la aplicación de los criterios de ponderación para efectos de la dosificación de la pena dentro del respectivo cuarto de movilidad punitiva, según las previsiones y parámetros previstos fundamentalmente y para lo que nos convoca, en el art. 61 del C. Penal.

Del todo pertinente relieves que no genera perplejidad alguna el que la labor de dosificación de la pena sea un acto reglado que a la vez comporta cierto ámbito de discrecionalidad, a lo que se suma que en todos los eventos debe obedecer a un ejercicio de valoración, y como tal no admite reducciones a fórmulas matemáticas.

En relación con esta función judicial, el Código Penal expresamente dispone:

**“Art. 59. —Motivación del proceso de individualización de la pena.** Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.”

De igual manera, dicho ejercicio de valoración y motivación debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, tal como lo establece el artículo 3º del Estatuto Represor. Es por lo anterior, que nuestro sistema penal establece un modelo de cuartos que le permite al juez la escogencia de uno de ellos y moverse dentro del mismo, por supuesto con la carga de argumentar con suficiencia sobre su particular elección, pues, si fuera menester ubicarse siempre en la pena mínima el legislador simplemente no se habría molestado en establecer dichos espacios, y menos de instituir criterios de ponderación sobre el particular.

Sobre este tema, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que:

*“Si la pena se impusiera bajo la sola consideración avalorada de la gravedad de la conducta como género, sin atención a las especificidades en que se ejecutó en cada caso concreto, sobran las previsiones del legislador de establecer para las distintas conductas punibles unos límites mínimos y máximos de punibilidad. Bastaría entonces con que se fijara para cada delito una sanción fija, única e inamovible.*

*“Los criterios que recoge el estatuto penal para determinar la pena, están llamados a garantizar que ésta responda a las particularidades dentro de las cuales se verificó la infracción a la ley penal, siendo del resorte del juez establecerla, a través de un procedimiento reglado en la ley penal, expresamente establecido en los artículos 54 a 62 de la Ley 599 de 2000”<sup>1</sup>.*

*Por su parte la doctrina nos recuerda que: “El juez tiene autonomía judicial en la fijación o individualización de la pena en los casos concretos, pero eso sí con el compromiso ineludible de motivar su decisión. Precisamente por esa autonomía judicial es que en la práctica se pueden ver diferentes penas en casos similares o iguales generados por ruptura de la unidad procesal, lo cual no vulnera, en modo alguno, el principio de igualdad...”<sup>2</sup>*

*Hechas las anteriores precisiones, inicialmente considera la Sala que no resulta de recibo que se alegue que en audiencia de individualización de pena y sentencia, art. 447 de la ley 906/04, la defensa no tuvo oportunidad de conocer la sentencia condenatoria que pesa en contra de su patrocinado y que se dice proferida por el despacho del a quo en el año 2019, por idéntico delito al que nos convoca en esta oportunidad, como quiera que revisados los correspondientes audios de registro se escucha que ninguna objeción o inconformidad de parte del allanado o su apoderado se presentó al respecto, limitándose su apoderada a solicitar las máximas rebajas por allanamiento e indemnización de perjuicios.*

*Pero, además, encuentra la Sala que dentro de los elementos materiales probatorios de los que la Fiscalía corrió traslado, se tiene la respuesta ofrecida*

---

<sup>1</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia de 10 agosto de 2006, Rad. 22.289, M.P. Marina Pulido de Barón

<sup>2</sup> SARAY BOTERO, Nelson, *Dosificación Judicial de la Pena*, Segunda Ed. Bogotá-Colombia, sept de 2011, pág. 306.

*por el Ministerio de Defensa – Policía Nacional sobre el particular, dando cuenta de la existencia del referido antecedente penal, sin que el procesado haya negado la existencia de dicho antecedente, ni la judicatura de primer grado que emitió dicho proveído, lo que en definitiva lleva a sostener que no encuentra la Sala vulneración de garantías fundamentales en punto de la demostración de la existencia de una sentencia en contra de SANTIAGO SERNA IBARRA dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, y que esta, tal como lo refiere el delegado de la Fiscalía en su intervención, se encuentra en firme y fue proferida por la comisión dolosa de la misma clase de delito por el que se sigue la causa que nos convoca, por el mismo despacho que dicta el proveído objeto de apelación.*

*Incluso observa la Sala que en el documento proveniente de la fuerza pública se consigna que al penado le fue concedido subrogado penal, y bajo dichas circunstancias incurre nuevamente en otro delito del mismo tipo, circunstancia que a todas luces pretende combatir la reforma cuestionada por la apelante, y que en nuestro sentir resulta plenamente exigible y aplicable al sub examine si se atiende a la fecha de ocurrencia de los hechos aquí ventilados, mayo del 2022, mientras que la modificación del canon 58 del C. Penal, entro en vigencia en el mes de febrero de 2022, una vez efectuada la corrección de la norma por el art. 4 del Decreto 207 de 2022- 'por el cual se corrigen unos yerros en la Ley 2197 de 2022 “por medio de la cual se dictan Normas Tendientes al Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana y se dictan otras disposiciones”, publicado en el Diario Oficial No. 51.942 de 8 de febrero de 2022.*

*Para mejor claridad, es evidente que la norma cuestionada entró a regir con anterioridad a la comisión del evento delictual que involucra al aquí allanado, que es el que se tiene en cuenta para efectos de determinar si el condenado tiene un antecedente penal, esto es, una sentencia en firme, dentro de los 60 meses anteriores y por delito doloso, lo que en modo alguno puede rebatirse con pretensiones de prosperidad bajo las condiciones analizadas en acápite anteriores.*

*Despejado el apartado anterior de la censura, cabe significar que se sabe igualmente que entre las causales de atenuación punitiva figura la contenida en*



*el numeral 6° del art. 55 del C. Penal, esto es, en virtud de la reparación parcial o total de los perjuicios ocasionados.*

*Sin embargo, también es pacífica la jurisprudencia y la doctrina en cuanto a que, “No hay lugar a pregonar concurrencia ente las rebajas de pena por reparación integral y las circunstancias de menor punibilidad del artículo 55 del Código Penal, en especial los numerales... y el 6°, “procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias”<sup>3</sup>, explicando la misma fuente doctrinal que, “... en el proceso de individualización de la pena está proscrita la doble o múltiple valoración... no se puede deducir de una misma circunstancia favorable consecuencias dobles en beneficio del justiciable.”<sup>4</sup>*

*Al respecto se puede consultar CSJ, SP, sentencia del 13 de febrero de 2003, Rdo. 15.613; sentencia de junio 22 de 2006, Rdo. 24.817, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; sentencia de abril 9 de 2008, Rdo. 28.161, en las cuales se ha explicado reiteradamente como lo refiere la mencionada fuente doctrinal, que el reconocimiento de la rebaja de pena por reparación integral de perjuicios “no concurre con circunstancias genéricas de menor punibilidad”.*

*Como se puede colegir fácilmente, le asiste razón al a quo cuando con base en los fundamentos para la individualización de la pena que consagra el art. 61 del Código Penal, decide partir en este caso del cuarto máximo en razón a que frente al procesado SERNA IBARRA tan solo se observa una circunstancia de mayor punibilidad, a saber, una sentencia en firme por delito doloso dentro de los 60 meses anteriores a la comisión de la conducta aquí ventilada, acatando así los criterios objetivos fijados por el legislador como de obligatorio cumplimiento al respecto.*

*En efecto, el art. 61 en lo pertinente dispone: “El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto... máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.”*

---

<sup>3</sup> SARAY BOTERO, NELSON, *Dosificación Judicial de la Pena*, Segunda Edición, Ed. Leyer, septiembre de 2011, pág. 345.

<sup>4</sup> *Ibid.* pág. 121.

*Pese entonces a que en el ejercicio de dosimetría penal el a quo no realiza una explícita referencia a la circunstancia arriba señalada, esto es, frente a que resulta improcedente realizar una doble o múltiple valoración de la circunstancia post delictual prevista en el art. 269 del C. Penal, de la cual deducir como lo hace la apelante un resultado favorable en términos de tasación de la pena para el condenado, tal raciocinio se infiere de la conclusión a la que arriba el fallador cuando sostiene que solo se observan circunstancias de mayor punibilidad.*

*En este orden de ideas, salvo criterio más ilustrado, entiende la Sala que lo decidido por el funcionario de primer grado en cuanto a la necesaria elección del cuarto de movilidad punitiva en el caso del procesado SANTIAGO SERNA IBARRA se advierte del todo atinado y se ajusta a lo demostrado dentro del proceso y a la legalidad, por lo que en definitiva habrá de confirmarse en su integridad la sentencia apelada por la defensa del prenombrado, pues no encuentra eco en este cuerpo de Magistrados los argumentos expuestos por la censora en procura de la modificación de la pena finalmente impuesta a su asistido.*

*Sin necesidad de mayores elucubraciones entonces la Sala confirmará en su integridad la decisión apelada por la defensa del condenado SANTIAGO SERNA IBARRA, concretamente en relación con el ejercicio de dosimetría penal agotado por la primera instancia.*

*En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*


**RESUELVE:**

**CONFIRMAR** en su integridad el fallo condenatorio proferido por el Juez Tercero Penal Municipal de Bello, Antioquia, en el caso del rubro, acorde a lo analizado en el acápite de las consideraciones.

Contra este proveído cuya notificación se realiza en estrados procede el recurso de casación, el cual podrá interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**Los Magistrados<sup>5</sup>,**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**



Scanned with CamScanner

**LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE  
Magistrado

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

<sup>5</sup> El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.