



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Ordinario: 2019-07679

Aprobado mediante acta: 84

Medellín, julio seis (06) de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el recurso de apelación presentado por el defensor del señor **Luis Fernando Rentería Zamora** contra la sentencia dictada el pasado 15 de septiembre por el Juez Once Penal del Circuito de esta ciudad, en la que se le condenó a la pena principal de 114 meses de prisión, y en igual término a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del concurso heterogéneo de delitos de hurto calificado agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, declaratoria de responsabilidad que finalmente no es discutida por la defensa, pues posicionó su controversia en la inaplicación de la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema prevista en el artículo 56 del Código Penal, y la ausencia de rebaja por la manifestación previo de acceder al allanamiento.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

En audiencia del 30 de julio de 2019, la fiscal 179 seccional formuló acusación en contra del señor **Luis Fernando Rentería Zamora** por las conductas de hurto calificado agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, previstas en los artículos 239, 240, inciso segundo (aclarando en la diligencia que se atribuía "*cuando se procede con violencia contra las personas al cometer la conducta delictiva*"¹), 241, numeral 10 (por dos o más personas, una de las cuáles huyó), y 365 del Código Penal. En relación con esta última conducta se dijo que era "*por PORTAR municiones de uso personal, sin permiso para ello*".

Culminado el juicio oral, se profirió sentido de fallo condenatorio y en sentencia del 15 de septiembre de 2021, el Juez encontró demostrado que, "*a eso de las 23:30 horas del 26 de marzo 2019, en la calle 35 con carrera 83 del barrio Simón Bolívar de esta ciudad, EDWIN ALEJANDRO MACÍAS BETANCUR y su pareja fueron abordados por LUIS FERNANDO RENTERÍA ZAMORA, quien, en compañía de un individuo todavía no identificado y mediante la exhibición de un revólver que a la postre no resultó apto para disparar, pero que si contaba con seis (6) cartuchos calibre .38 especial idóneos, los despojó en medio de un forcejeo de sus respectivos teléfonos celulares y una billetera*".

¹ Registro 14:20.

Resaltó que la víctima Edwin Alejandro Macías Betancur se presentó en el juicio y reveló como su pareja y él fueron despojados de sus celulares y billetera por **Luis Fernando Rentería Zamora** y otro individuo, mediante la exhibición de un arma de fuego que, si bien no se encontraba apta para disparar, estaba provista de munición idónea y fue utilizada como elemento contundente para golpearlos durante el forcejeo por sus pertenencias, afirmaciones corroboradas por los uniformados Walter Quinto Córdoba y Carlos Andrés Díaz López, quienes se presentaron después para capturar al procesado, que era golpeado por la ciudadanía, y recibir de manos de una de las víctimas el artefacto bélico, situaciones de las que advirtió que aunque no fueron controvertidas, la discusión se centraba en si la violencia ejercida obedeció a la postura asumida por las víctimas, así como el tema de las apremiantes condiciones económicas y de salud por las cuales atravesaba el procesado y su familia al momento de la comisión de la conducta.

No obstante lo anterior, respecto a la conducta contra la seguridad pública previamente aludió a que el reproche formulado por la Fiscalía se hizo en razón de los seis cartuchos incautados y no por las partes útiles del arma, pues aquellos, a diferencia de esta, resultaron idóneos para realizar los fines de su fabricación y el acusado no tenía permiso para su porte o tenencia, tal y como se desprendía de las estipulaciones, y que si bien podría alegarse que la tenencia de esa cantidad de proyectiles, sin un elemento idóneo para su accionamiento, impediría superar el requisito de la lesividad o antijuridicidad del comportamiento, ello no

era de recibo si se tenía en consideración las circunstancias contextuales del hecho, las cuales aludían a la utilización de munición real para aumentar la capacidad de intimidación del revólver no apto, pues de no tenerlas, las víctimas en medio del atraco hubiesen podido notar el vacío en los alveolos del tambor y romper con ello el efecto amedrentador de la exhibición del artefacto bélico.

Explicó que era posible trascender de la aptitud de una munición que por sus características sería de defensa personal (*calibre punto 38 special*), para concluir que los cartuchos, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas, sí tenían un vínculo estrecho e ineludible con el quehacer delictivo, de ahí su efectiva potencialidad para poner en peligro de lesión a la seguridad pública, concepto que encierra un sinnúmero de condiciones que hacen posible una convivencia tranquila en sociedad, transcribiendo aparte de la sentencia del 15 de septiembre de 2004, rad. 21.064, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Indicó que referente a las exculpaciones del procesado respecto de la violencia ejercida durante el desapoderamiento, al sostener que la misma obedeció al ánimo de defenderse de los *asaltados* que lo superaban en cantidad y fuerza, el planteamiento le parecía desafortunado, en consideración a que para que la defensa fuera considerada legítima se exigía que la reacción correspondiera a una agresión injusta, calificación que no se le podía dar a los esfuerzos de las víctimas por salvaguardar su vida, integridad física y bienes. Estaban legitimadas para ejercer la autotutela

de sus derechos y nada hicieron para propiciar esta situación, y a pesar de encontrarse en desventaja de medios, se resistieron al desapoderamiento de sus pertenencias, comportamiento que ahora no se les puede echar en cara, pues ello sería como pretender hacer valer a su favor la propia incuria y falta de destreza en la actividad ilegal. La circunstancia desencadenante fue el hurto y no la reacción de las víctimas, quienes no podían ser censuradas por resistir “y *negarse a soportar pasivamente que pisotearan sus derechos*”.

En lo que tiene que ver con el objeto de impugnación, las difíciles condiciones económicas que afrontaba el procesado y su familia, y los percances de salud de su madre, resaltó que podían analizarse desde dos perspectivas: (i) como atenuante genérica y (ii) como causal de justificación del hecho, concluyendo que resultaba comprensible “*que las baterías defensivas se enfilaran hacía la segunda de las opciones, dadas las mayores exigencias probatorias que demanda la primera*”, de ahí que por razones metodológicas optara por comenzar con el artículo 56 del Código Penal, pues de no cumplirse con sus exigencias, tampoco podría hablarse de la causal de ausencia de responsabilidad del artículo 32 ídem.

Explicó que el legislador había dispuesto que debía realizarse el comportamiento “*bajo la influencia directa de situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas*”, lo cual implicaba que no necesariamente debía ser la única causa, pues “*de existir una relación inequívoca y exclusiva entre las*

distintas situaciones generantes y las conducta punibles, ya no se estaría dentro de la causal de atenuación, sino de alguna verdadera eximente de responsabilidad (verbigracia: estado de necesidad, fuerza mayor o insuperable coacción)".

Expuso que una de las razones mencionadas para soportar la figura radicaba en las delicadas condiciones de salud de la madre del procesado, las cuales menguaron su capacidad para laborar, impidiéndole con ello suplir sus necesidades básicas para la época del hecho, pero al analizar la situación, advertía que no se trataba del diagnóstico de una enfermedad ruinosa, catastrófica o de alto costo, como en principio parecía ser, sino del temor de Sandra Estela Rentería Zamora de que los miomas que habían reaparecido en su cuerpo resultaran malignos, circunstancia que medicamente no había sido confirmada.

Por tanto, sus condiciones, aunque de cuidado, no resultaban *"en extremo apremiantes y menos incapacitantes"*, en particular porque de sus antecedentes médicos no se advertía la gravedad requerida por la norma, al punto de no ser necesarios procedimientos médicos complejos, pues de haber sido así, no habrían podido realizarse en una unidad intermedia de salud, tal y como lo explicó el procurador en sus alegaciones finales.

Indicó que *"tampoco pueden demeritarse los esfuerzos de la cabeza del hogar por ser incluida dentro de la población desplazada, lo cual da cuenta de su conocimiento acerca de las distintas formas de ayuda, auxilios, beneficios, subsidios,*

indemnizaciones y apoyo a proyectos productivos que el Estado ofrece a este sector vulnerable", por lo que la ilegalidad no era la única alternativa, dado el apoyo institucional que tienen las personas afectadas por el conflicto y la multiplicidad de opciones ofrecidas por las autoridades nacionales, departamentales y locales, aspecto frente al cual la madre del procesado se mostraba bien orientada.

Explicó que sin desconocer que las condiciones económicas del procesado y su familia *"no eran las más holgadas"*, tampoco podían considerarse como extremas, *"pues no se trata de personas reducidas a la indigencia o en incapacidad de valerse por sí mismas, al punto de poder optar a trabajos que, aunque sencillos, le garantizarían con honradez el techo con el cual la progenitora todavía cuenta"*, incluso a pesar del tiempo que el acusado ha estado detenido, situación que descartaba la dependencia de su madre, en lo relativo a su manutención y arriendo.

Así que, sin desconocer que el hogar del procesado era humilde y con carencias, por lo menos le otorgaba un nivel de vida mínimamente aceptable, al punto de permitirle optar por elementos que ni siquiera podían catalogarse como de primera necesidad, como su celular, circunstancia que daba cuenta de *"por lo menos una pequeña capacidad adquisitiva y también de un roce o desenvolvimiento social que riñe justamente con el aislamiento propio de la figura en su componente de marginalidad"*, recordando que el artículo 56 no se centraba solamente en el aspecto económico, pues era posible concebir la existencia de personas marginadas a

pesar de tener solvencia económica, lo cual podía explicarse por aspectos religiosos, étnicos y culturales, circunstancias que no se alegaron ni acreditaron en este caso.

Advirtió que el procesado no era "*analfabeto*", pues a pesar de la deserción escolar, recibió educación básica y obtuvo formación en valores, pues su madre le enseñó a distinguir las buenas y malas acciones, y entender lo equivocado de su comportamiento, que no justificó, aspecto que descartaba "*el elemento de la ignorancia profunda como detonante de la conducta*", sus explicaciones fueron frágiles en cuanto a las dificultades para conseguir empleo, al no ser capaz de indicar a que sitios asistió en su búsqueda, "*no obstante tener la oportunidad de explayarse en este punto gracias a las preguntas complementarias o aclaratorias del Ministerio Público*". Tampoco esclareció las razones que le impedían continuar con el oficio de lavador de carros en donde residía.

Manifestó que cuando se hablaba de influencia, resultaba casi imposible "*suprimir aspectos del elemento influenciador en el elemento influenciado, como ocurre, por ejemplo, con un artista emergente que para sus obras se inspira en las técnicas de los maestros que le antecedieron*", advirtiendo que "*brillan por su ausencia en los comportamientos endilgados... algún vestigio o aspecto relacionado con sus propias justificaciones, pues si el detonante eran los problemas de salud de la madre, lo más sencillo era asaltar una farmacia para obtener los medicamentos y analgésicos que requería, o si el problema era el arriendo de cincuenta mil pesos (\$50.000), le bastaba y sobraba con el contenido*

de la billetera de la víctima (\$80.000), resultando desproporcionado el hurto de sus celulares”, y que si la idea era apropiarse de las terminales para venderlos o empeñarlos, resultaba paradójico “que el procesado no encontrara como alternativa expedita vender o empeñar su propio celular, aspecto que, a pesar del evidente sacrificio personal, le hubiese evitado traspasar los umbrales del derecho penal”, afirmación que realizaba a partir del hecho de que la terminal telefónica hallada en poder del procesado al momento de su aprehensión no correspondía a ninguna de las víctimas, pues era la suya, tal como lo aclaró el afectado en su declaración, al precisar que salvo por unas gafas, ninguna de sus pertenencias fue recuperada.

Concluyó, entonces, que las razones esgrimidas por la defensa *“no influenciaron superlativamente”,* ni mucho menos determinaron los comportamientos de **Luis Fernando Rentería Zamora**, lo que impedía justificar su actuar o menguar el reproche penal, lo que implicaba establecer como cumplidos los elementos estructurales de la conducta punible, pues antes del tema de la culpabilidad, también se determinó que su accionar es típico, pues encuadra en los artículos 239, 240 numeral 2, y 241, numeral 10, (y cuya descripción típica en cuanto a la calificante eligió porque aunque podía *“pensarse que por las condiciones modales la calificante podía ser la violencia y no la indefensión, ello trastocaría las reglas de congruencia por implicar una modificación más gravosa para el procesado”*) y 365 del Código Penal, y en lo que tiene que

ver con la antijuridicidad, se concretó una afectación efectiva al patrimonio económico.

En cuanto a las penas, asignó el mínimo del primer cuarto de 108 meses (9 años) para hurto calificado agravado, por considerar que la conducta no adquirió una gravedad o connotación adicional a la previamente concebida por el legislador para establecer el tipo penal. Esta cuantía fue incrementada en 6 meses por el porte de arma, para un definitivo de 114 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas con la misma duración de la pena privativa de la libertad. Obviamente dispuso el cumplimiento de la sanción privativa de la libertad en un centro carcelario, por la negativa de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en atención a la pena impuesta y por la prohibición que para el hurto calificado preveía el artículo 68A del Código Penal.

Finalmente, se determinó el comiso del arma de fuego, el proveedor y la munición incautadas, y se indicó, en relación con el ejercicio de la pretensión indemnizatoria, que las víctimas debían tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1395 de 2010, modificatoria del artículo 102 de la Ley 906 de 2004.

2. La apelación.

El defensor solicitó la revocatoria parcial de la sentencia condenatoria, pues pidió el reconocimiento "*de la diminute establecida en el artículo 56 del código de procedimiento*

penal, específicamente por marginalidad y pobreza extrema, que modifica sustancialmente la pena a imponer”, aunque de su sustentación también se puede extraer el requerimiento de la revisión en cuanto a la negativa de rebaja en caso de haber existido un allanamiento.

Expuso inicialmente que en ningún momento ha discutido la responsabilidad penal, puesto que desde las audiencias previas se pretendió un allanamiento con miras a obtener una rebaja sustancial, pero el despacho es del criterio de que si no hubo restitución de lo apropiado, no había lugar a tal beneficio, situación que quedó detallada en el sentido del fallo condenatorio, solicitando *“el traslado a los honorables magistrados de tal pieza procesal a efectos de constatar está situación”*. En ese sentido, manifestó que era posible analizar la viabilidad de conceder la rebaja a qué alude el artículo 351 del CPP porque desde la acusación se había querido terminar este proceso a través del allanamiento, por lo que en una materialización de la justicia premial debería tener lugar el descuento que para ese momento procesal existía.

Expuso en cuanto a la negativa del reconocimiento de la situación de marginalidad que entre las razones tenidas en cuenta por el Juez, estaban que para el momento del hurto el sentenciado llevaba un celular, pero nunca se estableció si funcionaba o no, que la madre no tenía una enfermedad o incapacidad grave, pues no fue intervenida quirúrgicamente, que la progenitora pudo haber acudido a los beneficios del Estado, que el acusado no manifestó exactamente a qué sitios había ido a buscar trabajo y se lo habían negado, y que

si el acusado requería *“cincuenta mil pesos (\$50.000) para pagar su arriendo, con lo que había en la billetera hurtada, que eran la suma de ochenta mil pesos (\$80.000) no hubiese tenido necesidad también de hurtar los celulares”*, pero le parece que la decisión fue desacertada, pues si hubiese interpretado de manera distinta los conceptos de marginalidad y pobreza extrema, hubiera llegado a una decisión diferente, resaltando que sí demostró su configuración, con relación directa en los hechos, puesto que requerían de dinero para su supervivencia, para costearse un techo y alimentos, *“amén de acceder a los medicamentos de su madre y los elementos mínimos para poder estudiar”*.

Aclaró que no estaba alegando un estado de necesidad eximente de responsabilidad, sino unas circunstancias que tienen como fin menguar la pena. Demostró que tanto el acusado como su madre son desplazados, que pertenecen al nivel uno del SISBEN, y que viven en un barrio de invasión, que la madre vende bolsas plásticas y se le dificulta a veces obtener siquiera \$ 20.000 de ganancia diaria, resaltando que si estas condiciones de marginalidad y pobreza extrema no fueron demostradas, conforme al principio de libertad probatoria, quedó claro que son absolutamente marginales y aunque coexisten en una sociedad que se presume igualitaria en oportunidades, *“también es un hecho notorio el alto porcentaje de esta población en nuestro territorio, y la familia RENTERIA ZAMORA no fue ajena a esta desafortunada situación”*.

Explicó que la marginalidad *"alcanza otros aspectos esenciales como la política, la sindical, la participación formal e informal, y generalmente la ausencia o exclusión de la toma de decisiones ya sea de comunidad local, las situaciones del trabajo, y el orden de instituciones y estructuras más amplias"*. La población marginal realmente no se encuentra al margen de la sociedad moderna capitalista, sino que es producto de ella y sus actividades se articulan con los sectores más modernos de la economía. En este caso, no queda duda de la situación de marginalidad y pobreza extrema en que vivía el acusado y su madre, pues solo había que fijarse en la declaración de esta última en el juicio, quien *"al hacer un paneo del sitio donde vive, se observa que es un "tuburio" en dónde solo caben una cama y guardar algunos encerres, pues con relación al baño donde hace sus necesidades básicas, es de propiedad de la arrendataria y cuando no alcanzaba a pagar el arriendo, no tenía acceso a este servicio. Pero claro que hasta sus testigos que corroborarían sus dichos en juicio, no pudieron declarar porque los mismos fueron desplazados también de estos sitios"*.

Adujo que los desplazados por la violencia, en su mayoría provienen del campo y se ubican en zonas marginales de ciudades grandes e intermedias, y enfrentan un dramático deterioro en su calidad de vida, pero prefieren quedarse ante la violencia en sus regiones de origen, y las violaciones de sus derechos civiles y políticos, estando sujetos a trasgresiones a sus derechos económicos, sociales y

culturales, como consecuencia del desarraigo y desadaptación a la que son sometidos.

El acusado y su madre son marginales y en un grado de pobreza que asociado a las circunstancias coyunturales de ese momento, lo llevaron a cometer ese delito y que precisamente por lo improvisado de la situación y no estar acostumbrado a la misma, tuvo como consecuencia *“que casi lo lincharan, llevando la peor parte en estas circunstancias”*, por lo que debe ser cobijado con este beneficio, reflejándose estas circunstancias en la pena, e incluso analizándose la posibilidad de la rebaja *“que a la altura de la audiencia de acusación se merece”*, pues siempre quiso aceptar su responsabilidad, *“pero la actitud del despacho y la fiscalía en este evento, hicieron que el proceso fuese llevado a juicio en dónde igual se demostraron las circunstancias de marginalidad y pobreza extrema”*, sin que esté de acuerdo con las razones expuestas por el Juez para no concederlas, *“pues de demostrarse las razones de la negativa en la sentencia esto sería el equivalente a demostrar un estado de necesidad que darían al traste con una sentencia de tipo absolutoria”*.

Solicitó, entonces, que se modifique parcialmente la sentencia, reconociendo las circunstancias de marginalidad y pobreza extrema y la rebaja que por allanamiento *“siempre quiso hacer el imputado desde la acusación”*.

3. No recurrente.

la fiscal solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, pues considera no le asiste razón al apelante en cuanto a que probó un estado de marginalidad y extrema pobreza en la comisión de la conducta, "*en la carga que tenía de la demostración de la influencia directa en la ejecución de la conducta punible*". Le parece que fue acertado el análisis del Juez, en el elemento objeto del delito y en las desproporcionadas actividades del procesado en las agresiones físicas infringidas a la víctima.

Resaltó que el recurrente realizó peticiones de reconocimientos que ni siquiera fueron objeto de debate en el juicio, y que tienen expresa prohibición legal cuando existió incremento patrimonial, y no hubo restitución del mismo en este tipo de conductas, como se debatió cada vez que se quiso hacer un preacuerdo, resultando por ello ilegal e improcedente no solo su petición sino su otorgamiento. Las etapas en el proceso penal son preclusivas y existe una prohibición que no puede ser desatendida.

CONSIDERACIONES

Las pretensiones principales del recurrente reclaman, primero, el reconocimiento de la atenuante de culpabilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal y, segundo, el descuento por un eventual allanamiento de los cargos, que en todo caso no ocurrió.

1. La atenuante del artículo 56 del Código Penal.

Censura el apelante la ausencia de reconocimiento de la comisión de las conductas en circunstancias de marginalidad y pobreza, exponiendo una equivocada interpretación de la norma por parte del Juez de primera instancia y que demostró que tanto el acusado como su madre requerían de dinero para su supervivencia, para costearse un techo y alimentos, *“amén de acceder a los medicamentos de su madre y los elementos mínimos para poder estudiar”*.

Concluyó que se demostró que son desplazados, que pertenecen al nivel uno del SISBEN y que viven en un barrio de invasión; que la madre vende bolsas plásticas con una ganancia con dificultades de al menos \$ 20.000 diarios, resaltando que quedó claro que son absolutamente marginales y que *“también es un hecho notorio el alto porcentaje de esta población en nuestro territorio, y la familia RENTERIA ZAMORA no fue ajena a esta desafortunada situación”*. Su grado de pobreza, asociado a las circunstancias coyunturales del momento, llevaron al acusado a cometer el delito y que precisamente por lo improvisado de la situación y no estar acostumbrado a ello, tuvo como consecuencia *“que casi lo lincharan, llevando la peor parte en estas circunstancias”*.

En estos planteamientos observamos importantes defectos conceptuales e inconsistencias con lo realmente probado en la audiencia.

Inicialmente debemos advertir que como circunstancia que determina la punibilidad, el artículo 56 del Código Penal establece lo siguiente:

“El que realice la conducta punible **bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible** y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.” (Negrilla nuestra)

No obstante, siendo claras las dificultades económicas que tienen la madre y el acusado, y que fue estipulado la pertenencia al nivel uno del SISBEN y que son desplazados, la discusión realmente se centra en que esas circunstancias no fueron realmente incidentes o determinantes en la comisión delictiva por parte del señor **Luis Fernando Rentería Zamora**, porque los conceptos de marginalidad o de pobreza no están conectados necesariamente a las dificultades o condiciones monetarias.

Enfocándonos en la situación de pobreza, que entendemos es la condición que el defensor pretende resaltar como la causa de la conducta del señor **Rentería Zamora**, de la apreciación del testimonio de la señora Sandra Estela Rentería Zamora, madre del acusado, pueden concluirse los siguientes aspectos esenciales para nuestro estudio: (i) convivía con su hijo en una casa de invasión en el barrio Santo Domingo Bello Oriente, (ii) son desplazados de Caicedo, (iii) se dedica a la venta de bolsas de basura,

ganando entre 10.000 y 15.000 pesos diarios, que los invierte en comida, en pagar la pieza, y en las mismas bolsas y, (iv) que al momento de los hechos el enjuiciado no estaba trabajando.

También expuso, que el acusado le dijo que había cometido las conductas *"porque nos encontrábamos en una gravedad muy grande en la casa, yo estoy enferma de unos quistes en los ovarios"*, la han operado dos veces, *"y creo que los quistes son cancerosos"*, *"me encontraba muy enferma en esos días, no teníamos como pagar arriendo, nos habían cortado los servicios, no teníamos nada que comer y pues mi hijo se vio en la gravedad de cometer ese delito"*.

No obstante esta inicial información, no fueron acreditadas mínimamente la enfermedad de la señora Sandra Estela, ni la imposibilidad en el interregno de los hechos en el pago del arriendo, servicios públicos y demás, puesto que incluso la misma declarante en desarrollo del contrainterrogatorio, afirmó que no estaba segura de que su padecimiento fuera cáncer, y con fundamento en ello la historia carece de persuasión, teniendo en cuenta además de que se trata de una versión interesada en que se disminuya en gran proporción la pena de su hijo, de cuyo testimonio también observamos serios vacíos que no permiten darle credibilidad a la tesis de condiciones de pobreza extrema que justifiquen la diminuyente.

En este sentido, el acusado agregó a la historia de carencias económicas y enfermedad de la madre, que *"en el barrio una*

persona me vio en la situación... en la situación que me encontraba... me encontraba en una situación bastante difícil porque no conseguía trabajo, me tocó salirme de estudiar...”, que debían varios meses de arriendo, y que “... *pues ese muchacho me invitó a hacer eso, me invitó a que lo acompañara...”,* pero finalmente nunca dijo como se llamaba ese ciudadano, tampoco ofreció ninguna descripción, mucho menos una ubicación, e incluso del supuesto ofrecimiento para “*que lo acompañara a ganarme una platica... que era una buena platica”,* tampoco sabía el monto o porcentaje que le iban a dar, el defensor no se preocupó por demostrar mínimamente esos señalamientos para corroborar esas aseveraciones, y ahora se pretende que como acto de fe simplemente se crea en su historia.

El censor trató de mostrar al acusado como un muchacho carente de oportunidades, inexperto en ese tipo de ilicitudes, al punto de que casi lo lincharon y que en un momento de crisis, la situación de pobreza y desespero lo obligaron a cometer el delito, pero los hechos exponen otro escenario.

El señor Edwin Alejandro Macías Betancur, una de las víctimas del hurto, manifestó que el día de los hechos iba con su actual pareja, estaban tomándose una cerveza “en la 70”, iban para la casa a eso de las 11:00 de la noche, y salieron dos personas, uno de ellos con un arma, quien les apuntó y les dijo que les entregaran las cosas, les quitaron los celulares y su billetera, y el que tenía la pistola, que reconoció como el acusado en la audiencia, le dio un puño en el pecho, “*le dije que por favor me dejara quieto, ahí fue que me metió*

un cachazo en la cabeza”, y les decía que “no hiciéramos bulla”, forcejearon con ellos, uno huyó, y finalmente pudieron quitarle el arma, llegaron otras personas que retuvieron y golpearon al enjuiciado, y esperaron que llegara la policía.

Con posterioridad el testigo aclaró que después de entregarle a los agresores sus pertenencias, fue que hubo un forcejeo, y que el procesado era el más grosero porque *“... él decía que haber pues las chimbadas, que si nos íbamos a hacer reventar, que cual era la maricada, que haber pues las cosas”*.

Conforme a esta constatación, la tesis de que se configuró un estado de una profunda *“pobreza extrema”*, porque la comisión del hecho obedeció a que el acusado requería de dinero para su supervivencia, para costearse un techo y alimentos, *“amén de acceder a los medicamentos de su madre y los elementos mínimos para poder estudiar”*, no es correcta. Además de que quien parece estar declarando es el abogado, porque ni el acusado ni su madre manifestaron que el dinero recogido era para costear medicinas u objetos de estudio, no existiendo ninguna prueba que corrobore la ausencia de elementos mínimos de subsistencia, que es lo que exige la norma conforme lo ha explicado la jurisprudencia, y esa relación causal con la comisión del hurto:

“Cuando se alude a la **pobreza** se debe distinguir entre aquella situación en la cual se consiguen los recursos económicos necesarios para subsistir, de la miseria (pobreza extrema o indigencia), en la que media total incertidumbre acerca de la satisfacción mínima de las necesidades básicas (salud,

alimentación, vivienda, vestido, agua potable, aseo y asistencia sanitaria, educación, electricidad, entretenimiento, etc.), siempre que, a la luz del artículo 56 del Código Penal, no configure una causal de exclusión de responsabilidad, por ejemplo, un estado de necesidad disculpante.

En tal sentido y para mejor ilustración, recientemente el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE reveló que de un poco más de 48.2 millones de personas en Colombia, 13 millones son consideradas pobres al tener ingresos mensuales inferiores a \$257.433 y que en pobreza extrema se encuentran 3.5 millones con menos de \$117.605 por mes².

La pobreza extrema puede conducir a la marginación, aunque como ya se advirtió, aquella no es supuesto de esta³.

Incluso, pese a las dificultades que el procesado expuso que tenía para conseguir empleo formal, también indicó que ocasionalmente se dedicaba a *“lavar carros en mi barrio cuando se podía o vender bolsas de basura cuando mi mamá me decía que la acompañara...”* (minuto 4:37), lo que evidencia la posibilidad que tuvo para la consecución, así fuera mínima, de recursos para su subsistencia. Además, según una de las estipulaciones, el desplazamiento forzado ocurrió mínimamente desde el año 2011, puesto que la declaración ante la Personería de Medellín acerca de ese evento fue el 16 de mayo de ese año, así que ese hecho por si solo no acredita que 8 años después, se vio en la obligación de cometer una conducta punible para poder sobrevivir.

² www.dane.gov.co. Mayo de 2019.

³ Sentencia del 4 de diciembre de 2019, radicado 50.525, con ponencia del doctor Luis Antonio Hernández Barbosa.

Por estas razones, la decisión de primera instancia deberá ser confirmada.

2. La rebaja por allanamiento.

El segundo aspecto que debate el recurrente es la ausencia de rebaja por la intención que desde el inicio, tuvo su representado en aceptar los cargos.

El planteamiento tampoco se comparte.

Como obviamente el proceso terminó por la vía ordinaria ante la ausencia clara y formal de la aceptación de los cargos, porque incluso un acuerdo que fue presentado previo a la preparatoria posteriormente fue retirado por la defensa "*ante la imposibilidad económica por parte de los usuarios de la defensoría pública, entonces no es posible seguir adelante con lo del preacuerdo, entonces que siga el curso normal el proceso*"⁴, el reproche aludiría a lo sumo a una solicitud de nulidad de la actuación, porque de otra manera no existe ninguna otra posibilidad de que se rebaje la pena por un allanamiento que finalmente nunca existió.

Nuestra competencia reclama como condición esencial un pronunciamiento previo de la primera instancia, que obviamente no ocurrió porque el proceso culminó luego de un juicio oral, y si era del interés de la defensa que se resolviera el problema jurídico relativo a si era viable o no la

⁴ Audiencia del 12 de diciembre de 2019, registro 2:39.

concesión de algún descuento ante la ausencia del reintegro del incremento patrimonial obtenido (art. 349 de la Ley 906 de 2004), conforme lo ha establecido la jurisprudencia, debió haber hecho la solicitud en otro escenario, puesto que la improcedencia inicial de la rebaja no restringe de ninguna manera el derecho a la aceptación unilateral de los cargos.

En este sentido, tampoco podríamos referirnos a una nulidad que no fue pedida, mucho menos argumentada, porque ello significaría que la Sala tendría que elaborar la sustentación que más le favorezca a la defensa, porque simplemente dijo que era posible analizar la viabilidad de la rebaja porque tuvieron la intención desde un inicio de terminar el proceso, incurriendo con ello en una falacia argumentativa de petición de principio, y omitiendo además demostrar cuáles consideraba fueron las irregularidades trasgresoras del debido proceso o de garantías fundamentales al acusado, por parte de la primera instancia, o cuál fue la equivocada interpretación del Juez, cuando nos reclama tener en cuenta la audiencia del sentido de fallo, sin más, para que de esa manera debamos suponer que fue lo que quiso decir y no lo hizo, y que por la simple buena voluntad se le conceda un descuento al acusado.

En conclusión, como el procesado no se allanó a los cargos, la solicitud de rebaja por allanamiento resulta totalmente improcedente, suficiente para no acceder a la pretensión.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

FALLA

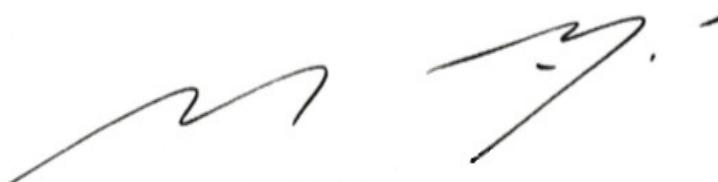
Confirmar la sentencia que por apelación se revisa e informar que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN