



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Apelación sentencia: 2020-18447

Aprobado mediante acta 15

Medellín, febrero once (11) de dos mil veintidós (2022)

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia emitida por el Juez Primero Penal Municipal de Bello, mediante la cual se condenó al señor **Hamilton Rojas Betancur** por el delito de hurto calificado.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

El 6 de diciembre del 2020, el Fiscal 210 Seccional de Medellín dio traslado del escrito de acusación en contra del señor **Hamilton Rojas Betancur**, señalándolo como autor del delito de hurto calificado (artículos 239, 240 inciso 2, del Código Penal) con base en los siguientes hechos relacionados en el escrito:

El día 05 de diciembre de 2020, aproximadamente las 17:40 de la tarde, el señor MAURICIO ALEXANDER GARCÍA ARANGO, conducía el camión de placas TMW 422, iba sobre la autopista, a la entrada de Copacabana, orilló el carro y se bajó a revisarlo, llegó un hombre caminando le dijo que venía de parte de su jefe porque ellos eran quienes mandan en esa zona, se dirigió a la cabina, se subió al carro, pero esta persona le impidió cerrar la puerta, se levantó la camisa, le enseñó un arma y lo amenazó, le esculcó los bolsillos y le sacó la cantidad de CUATROCIENTOS VEINTE MIL PESOS, un celular marca Motorola color dorado con estuche negro avaluado en la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS, le cerró la puerta del carro, le exigió que no arrancara y se fue para la parte de atrás del camión donde tenía una moto color negra, pasó una patrulla de la policía Nacional a quienes narró lo sucedido, ellos empezaron la persecución y la víctima detrás de ellos, hasta que lo interceptan, esta persona es capturada, se identifica como HAMILTON ROJAS BETANCUR, a quien encuentran las pertenencias de la víctima, la motocicleta marca Yamaha, color negra, de placas HRJ 21C es incautada.

Los cargos fueron aceptados por el imputado y en razón de ello, el 16 de septiembre del año pasado, luego de que se verificara que su consentimiento fue libre, consciente y voluntario, fue condenado a la pena principal de 48 meses de prisión por la conducta de hurto calificado, y por el mismo término, como pena accesoria, a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se le negaron los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento por la prohibición legal del artículo 68A del Código Penal. Por tanto, se le revocó la detención domiciliaria.

El apelante discute aspectos relacionados con la dosificación de la pena, que fue realizada de la siguiente manera: ubicada

en los artículos 239 y 240, inciso segundo¹, del Código Penal, cuya pena es de 8 a 16 años de prisión (96 a 192 meses), se partió del primer cuarto mínimo oscilante en 96 a 120 meses, imponiéndose la mínima debido a que no se observaron circunstancias que hicieran más reprochable el comportamiento y que la pena era suficientemente alta para satisfacer los principios de las sanciones penales.

A continuación, se reconoció la rebaja punitiva del 50 % por el allanamiento a los cargos, quedando entonces en 48 meses, y respecto del descuento relativo a la reparación integral de la víctima, en los términos del artículo 269 del CP, se indicó que el defensor informó que el acusado no contaba con los recursos económicos suficientes para indemnizar a la víctima, por lo que solicitó se considerara *el ofrecimiento de excusas públicas como reparación integral por los perjuicios ocasionados*. No obstante, en ese sentido se manifestó que la rebaja de pena como fenómeno posdelictual por reparación del daño e indemnización, era un derecho, pero debían cumplirse a cabalidad los presupuestos del citado artículo, que corresponde a la restitución del bien o su valor comercial, y la indemnización de perjuicios que debe ser total, plena o suficiente, comprendiendo el perjuicio material, incluidos el daño emergente y el lucro cesante, y el daño moral.

Explicó que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "*El reintegro por sí solo no colma las expectativas del canon 269 CP. pues debe concurrir también la indemnización*" (CSJ - Sala de Casación Penal, Radicación 35.116 del 24-10-2012 y

¹ por la violencia sobre las personas.

39.201 del 24-07-2013), y que la indemnización debía ser integral y se incluyen perjuicios de todo orden.

Consideró que esa exigencia tenía lógica por la gran rebaja de pena que comportaba, siendo entonces necesario satisfacer esos tópicos si el acusado pretendía acceder a tan amplia disminución punitiva. En este caso se acreditó que existió reintegro o devolución de los bienes hurtados, no por voluntad del procesado sino porque se le hallaron en la captura en flagrancia, y existió *un ofrecimiento de excusas públicas y perdón a viva voz* por parte del acusado como parte de la reparación. No obstante, no hubo esfuerzo por pagar algún rubro económico a la víctima que garantizara su reparación completa y total, y consciente de las dificultades económicas en las que se pueda encontrar el procesado y que limitan las posibilidades para el pago de alguna suma de dinero, también debía evaluarse esa intención clara para resarcir los daños ocasionados, reprochando que no se exige una cuantía sumamente grande y al menos pudo hacer un esfuerzo e intentar entregar algún porcentaje en relación con el valor de lo hurtado, pero no fue así.

Lo hurtado ascendía aproximadamente a \$ 1.300.000, según el escrito de acusación y la denuncia, por ende, al menos el acusado para intentar satisfacer a plenitud los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del afectado, además de las excusas, pudo entregar el 10% o 20% de ese valor, con el fin de dejar claro su deseo de indemnizar a la víctima, a quien se le generaron unos perjuicios que no se colman con la restitución de lo hurtado ni las excusas públicas y por ello

debía buscarse la entrega de algún monto para que la reparación fuese total y completa.

Resaltó que la defensa se quedó corta al indicar que su prohijado carecía de recursos económicos y que por ello no existió pago, ya que no se aportaron pruebas para respaldar esas afirmaciones. En consecuencia, la reparación exigida no se materializó, siendo inviable la concesión de la rebaja, concluyendo que otorgar un descuento en esas condiciones sería afectar la igualdad de trato de quienes estando en similares circunstancias a las del acusado, hacen un esfuerzo por reparar los daños.

Los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento fueron negados por la prohibición legal prevista en el artículo 68A del Código Penal, y respecto de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G de la misma norma, tampoco se satisfacían las exigencias para su otorgamiento porque se impusieron 48 meses de prisión y el ciudadano estaba privado de la libertad desde el 5 de diciembre de 2020, sin cumplir, entonces, la mitad de la pena.

2. La apelación.

La defensa interpuso recurso de apelación. Argumentó no estar de acuerdo con la negativa de la rebaja del artículo 269 concerniente a la satisfacción de interés económico que tuviera la víctima de ser resarcido en el daño causado, pues expresamente a través de la fiscalía en la audiencia del 447, según constancia, ésta puso en conocimiento *qué el*

denunciante no estaba interesado en ningún pago económico por concepto de perjuicios causados, que estaba satisfecho con el reintegro de los bienes materiales hurtados que fueron recuperados en su integridad, situación que como efectos tiene que no hay necesidad de convocar a una audiencia de incidente de reparación integral de perjuicios, y la aplicación de la rebaja mencionada, ya que da a entender que el perdón solicitado por el procesado es recibido y a cambio de ello la víctima renuncia a cobrar algún daño generado.

En ese sentido, consideró que debía aplicarse la rebaja de las tres cuartas partes, ya que su representado no tiene antecedentes penales, lo que también da lugar a que la pena mínima que se imponga sea de 12 meses, y que teniendo en cuenta que este ciudadano lleva en detención domiciliaria más de 6 meses, también debía concederse la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal, por el cumplimiento de la mitad de la pena.

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 que (ii) como consecuencia de su aplicación habría lugar a la concesión de la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal, por el cumplimiento de la mitad de la condena, discusión en la que no participaron ni la Fiscalía ni el delegado del Ministerio Público como no recurrentes.

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 de conformidad con los artículos 239 y 240, inciso 2, del Código Penal, cuyo mínimo es de 96 meses (8 años), que fue el término que se impuso, y al reconocérsele la máxima rebaja por el allanamiento (50 %), la pena definitiva quedó en 48 meses de prisión.

El primer 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, además del reintegro, que se advierte no ocurrió por la recuperación de lo hurtado, también es necesaria la indemnización. En relación con el 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 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 no hubo ningún resarcimiento o indemnización a la víctima. No obstante, ante su ausencia en la audiencia realizada el 1 de septiembre de 2021, el Fiscal al inicio de la misma indicó que se comunicaron con el señor García Arango el 30 de agosto anterior, para notificarlo de la diligencia de verificación del allanamiento, y dijo que no podía asistir porque se encontraba laborando en una mina y que *"... adujo no estar interesado en el proceso. Con relación a los daños y perjuicios dijo no tasarlos toda vez que recuperó todas sus pertenencias y no le interesa nada, textualmente dice la constancia dejada por la asistente de Fiscalía..."*². A continuación, en la ratificación de la aceptación de los cargos, el imputado manifestó *"estoy muy arrepentido por los hechos causados y les pido mil disculpas y espero no volverlo a hacer..."*³.

² A partir del minuto 3:20.

³ Minuto 14:28.

El Juez argumentó la ausencia de interés del imputado en hacer cualquier tipo de resarcimiento, aunque fuera mínimo, y que las excusas públicas no satisfacían los requerimientos legales, pero el argumento en este caso no resulta correcto para negar la disminución por reparación.

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 44618⁴, 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 consecuencias que surjan a partir de esa decisión, no pueden

⁴ Con ponencia del doctor Eyder Patiño Cabrera.

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.⁵

Esta es la interpretación que debe orientar la aplicación del artículo 269 del Código Penal y, por consiguiente, se admitirá la pretensión de modificación de la sentencia apelada. En este caso, con la verificación de los audios, se pudo constatar, conforme se transliteró, que a la víctima no le interesó tasar los perjuicios porque recuperó todas sus pertenencias, según constancia dejada por la Fiscalía en la audiencia, y por tanto debemos entender como suficientes las manifestaciones de ausencia de interés en el reclamo de perjuicios, para entender que se ha cumplido el requisito, inclusive entendible como una condonación.

En estas condiciones, corresponde definir el monto de la rebaja "*de la mitad a las tres cuartas partes*" que establece la norma. El defensor pretende obviamente la concesión del mayor descuento, sin que hubiera fundamentado su solicitud con alguna razón en concreto, pues la ausencia de antecedentes y el hacinamiento carcelario no hacen parte de las que justifiquen su mayor o menor oscilación.

Así, la Sala concederá el porcentaje menor de rebaja equivalente a la mitad de la pena imponible. En otras

⁵ Negrilla y subraya nuestra.

oportunidades hemos expuesto las diferentes variables que pueden ingresar en el estudio del porcentaje, entre otros criterios, es razonable y admisible valorar la voluntad de indemnizar y su ocurrencia temprana o tardía, y si bien la reparación ocurrió antes de la sentencia, criterio ineludible según precedentes, el argumento de mayor acierto lo encontramos en la gravedad del delito que originó una lesión patrimonial por más de un millón doscientos mil pesos (\$ 1.200.000) y que, por haber sido recuperados los elementos, el segundo requisito, indemnización, quedó en términos insignificantes. Esa relación permite inferir que la actividad reparadora en su mayor parte correspondió a los patrulleros de la Policía que por la persecución y captura del agresor recuperaron los bienes hurtados, y la tarea resarcitoria que procuró atender el sentenciado fue simbólica. No se desconoce el derecho, pero carecería de razonabilidad y proporcionalidad la concesión del máximo tope de descuento.

Por tratarse de un fenómeno post delictual la disminución debe recaer sobre la pena individualizada y no sobre los extremos punitivos, siendo lo correcto que la última afectación sea la que opera por el allanamiento a cargos. Por tanto, la sanción fijada por el Juez de ocho (8) años de prisión decrecerá consecutivamente por dos descuentos: **primero** en la mitad por el reconocimiento del derecho previsto en el artículo 269 del Código Penal y **segundo**, el subtotal de los cuatro (4) años, de nuevo se rebaja en un cincuenta por ciento (50%) por el allanamiento a cargos, porcentaje reconocido por el Juez, para un total de dos (2) años de prisión e igual duración tendrá la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Finalmente, como consecuencia de la rebaja y segundo aspecto de debate, el apelante solicitó la concesión de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del Código Penal, que establece los siguientes requisitos: (i) que se haya cumplido la mitad de la condena, (ii) que concurren los requisitos señalados en los numerales 3 y 4 del artículo 38 B, esto es, que se demuestre el arraigo familiar y social y que se garantice mediante caución el cumplimiento de un conjunto de obligaciones indicadas en la misma norma: no cambiar de residencia sin autorización, reparar o garantizar dentro de un plazo los perjuicios, comparecer cuando sea requerido y permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos; y (iii) que no se encuentre dentro de las excepciones que la misma norma de manera autónoma determina.

Es claro que la conducta de hurto calificado no se encuentra excluida de este específico sustituto y por ello puede avanzarse en el análisis del cumplimiento del requisito objetivo del término de la mitad de la pena. El procesado fue condenado a dos (2) años de prisión y está en detención domiciliaria desde el 5 de diciembre de 2020, como fecha de ocurrencia de los hechos y posterior captura, y en esa medida lleva privado de la libertad un (1) año, un (1) mes y quince (15) días⁶, por lo que se cumple el factor objetivo de este sustituto.

No obstante el cumplimiento del factor objetivo, no es posible la constatación del acatamiento del numeral tercero que

⁶ Al 20 de enero del presente año.

especifica la norma, por remisión: “*Que **se demuestre** el arraigo familiar y social del condenado*”. En el traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal simplemente aludió a lo que pudo encontrar en los actos urgentes, es decir, al momento de su captura hace más de un año, acerca de su identificación, filiación, dirección y número de contacto, y el defensor, que era a quien le correspondía la demostración del cumplimiento total de los requisitos del sustituto que estaba solicitando, simplemente aludió al factor objetivo (quantum de la pena), por lo que insistimos no es posible realizar su verificación.

En todo caso, debemos precisar que este mismo requerimiento, con las pruebas que soporten la petición, podrá ser realizado ante los juzgados que vigilen el cumplimiento de la pena.

En consecuencia, se conservará la decisión que por apelación se revisa.

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:

FALLA:

Primero: Confirmar la sentencia apelada, con la modificación de que las penas de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas se fijan en dos (2) años. En lo demás rige el fallo de primera instancia.

Segundo: Esta decisión se notificará de manera virtual, si es del caso 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