



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, martes, veintinueve de noviembre de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0147 del dieciocho de noviembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el señor defensor, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 03 de junio de 2022 por la Juez Cuarenta y Siete Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, mediante el cual condenó anticipadamente a los señores MANUEL SEGUNDO OVIEDO PORTILLO y ADALBERTO CORTÉS SÁNCHEZ a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, por hallarlos penalmente responsable en calidad de coautores del delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"El día 06 de diciembre de 2020, siendo aproximadamente las 11:35 horas, por el sector del Éxito de San Antonio del centro de Medellín, los señores Manuel Segundo Oviedo Portillo y Adalberto Sánchez Cortes, acordaron apoderarse de los bienes de la señora Carmenza María Torres Ospina y del señor Faber Patiño Alzate, en momentos en que aquellos transitaban por la dirección antes citada. Dice la denunciante que ella se transportaba como pasajera en el vehículo de servicio público tipo taxi del señor Patiño Alzate y mientras el vehículo en que se transportaban se detuvo en un trancón de la dirección señalada, el primero de los asaltantes, es decir, Manuel Segundo Oviedo Portillo, le colocó un destornillador en el cuello al señor Patiño Alzate y lo despojó de su celular, en tanto, el segundo de los asaltantes, Adalberto Sánchez Cortes, ingresó su mano por la parte de atrás del vehículo y la despojó a ella, también, de su equipo de comunicación celular Samsung J10, color negro, EMEI 35175810104991003, SIMCARD 3008410497, avaluado en ochocientos mil (\$800.000) pesos, y ambos asaltantes emprendieron la huida, pero ante los gritos y voces de auxilio de ellos y de los transeúntes del lugar, acudieron al sitio varias unidades de la Policía Nacional que retuvieron a los cacos y al momento del registro policial les hallaron los celulares hurtados y por lo mismo, les hicieron efectivos sus derechos como capturados y de inmediato los transportaron a la URI de la Fiscalía, centro, en donde los colocaron a disposición del ente acusador."

El 07 de diciembre de 2020, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín,

luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscalía le formuló imputación a los señores MANUEL SEGUNDO OVIEDO PORTILLO y ADALBERTO CORTÉS SÁNCHEZ por la coautoría del delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO, cargo que no fue aceptado por los imputados. En la misma diligencia se les impuso medida de aseguramiento preventiva en establecimiento carcelario.

El 10 de febrero de 2021 el Fiscal 15 local de Medellín presentó escrito de acusación y la formulación oral se instaló, luego de varios aplazamientos, el 24 de enero de 2022 en el Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal de esta ciudad, oportunidad en la cual el delegado de la Fiscalía y los procesados manifestaron que habían llegado a un preacuerdo según el cual los señores MANUEL SEGUNDO OVIEDO PORTILLO y ADALBERTO CORTÉS SÁNCHEZ aceptan su responsabilidad penal en la conducta punible descrita en los artículos 269, 240 inciso 2 y 241 numeral 10 del código penal, y como contraprestación se les reconoce la pena establecida para la figura del cómplice, tasándose la pena total en dieciocho (18) meses de prisión al aplicarle además el descuento punitivo correspondiente al 75% por la indemnización integral a las víctimas, negociación que el 10 de marzo siguiente fue improbadada por la judicatura de primera instancia.

En diligencia celebrada el 30 de marzo de esta misma anualidad las partes presentaron los términos de un nuevo preacuerdo, pactando esta vez que la aceptación de la responsabilidad por parte de los señores MANUEL SEGUNDO OVIEDO PORTILLO y ADALBERTO CORTÉS SÁNCHEZ en la conducta

delictiva imputada, a cambio de una rebaja de pena del 50% al reconocerles la ficción jurídica de la complicidad, lo que se traduce en la imposición de una sanción de setenta y dos (72) meses de prisión, dejando a discrecionalidad del Despacho la tasación de la disminución punitiva contenida en el artículo 269 del código penal.

La anterior convención fue aprobada por el fallador luego de verificar que los procesados actuaron de manera libre, consiente y voluntaria, por lo que se emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio. El 16 de mayo último se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y el 03 de junio pasado se corrió el traslado de la sentencia que es motivo de apelación por parte del defensor respecto al trabajo dosimétrico de la pena realizado por la juzgadora de primera instancia.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En punto de la controversia, la sentenciadora de primera instancia, luego de realizar la dosificación de la sanción, reconoció una rebaja punitiva del 50% de la pena a imponer en virtud del pago de los perjuicios ocasionados a las víctimas, argumentando que los hechos ocurrieron el 06 de diciembre de 2020 y la indemnización no se hizo con la prontitud requerida.

Especificó que el proceso le fue repartido en agosto de 2021, más de siete meses después de que se ejecutó la conducta punible, fecha para la cual aún no se había agotado ninguna gestión

para reparar a las víctimas pese a que los implicados conocían de la existencia del trámite penal en razón a que habían asaltado a dos personas afectándoles su patrimonio económico. Continuó anotando que una vez iniciada la etapa del juzgamiento y a efectos de reparación, se olvidó que fueron dos ciudadanos los perjudicados y solo se tuvo en cuenta a una de las víctimas, esto es, a la señora CARMENZA, sobre quien se ignoró la valoración de los perjuicios tasados por ella al habersele depositado la cifra de \$160.000, valor fijado por un perito de la defensa, situación que tuvo que ser controlada y encausada por la judicatura.

Concluyó la juzgadora que, aunque no es imputable a los procesados el tiempo que se demoró la designación del apoderado de víctima para el señor FABER PATIÑO, en todo caso es notable que pasaron casi ocho meses sin que se hubiese reparado al menos a la perjudicada que siempre estuvo presente en las audiencias, y quien debió esperar un tiempo más para recibir el valor en el cual estimó el daño ocasionado.

Y respecto al descuento punitivo regulado en el artículo 268 del código penal, adujo la juzgadora que no se puede olvidar que aparte del celular hurtado a la señora CARMENZA MARÍA TORRES, avaluado en \$800.000, también fue sustraído el teléfono móvil de propiedad del señor FABER PATIÑO ALZATE, y que aunque sobre este segundo elemento no se estableció su costo, lo cierto es que indudablemente éste tenía un precio que puede fijarse en un supuesto ínfimo de \$100.000, con lo cual el total del injusto superaría el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020, el cual estaba fijado en \$877.803.

Así las cosas, estimó la primera instancia que no se satisface el primero de los requisitos contenido en la norma en mención pese a que se valoró el celular del señor PATIÑO ALZATE en un monto muy inferior al que de usanza cuesta un bien de esta naturaleza.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

El señor defensor comenzó su disenso planteando las siguientes peticiones: (i) Que se conceda a sus dos prohijados la máxima rebaja punitiva que establece el legislador en el artículo 269 del código penal, es decir, las $\frac{3}{4}$ partes de la pena, y adicionalmente al señor ADALBERTO CORTÉS SÁNCHEZ también se le aplique el descuento consagrado en el canon 268 ibídem; y (ii) que como consecuencia de lo anterior a este se le brinde la libertad inmediata por el cumplimiento de la pena y al señor MANUEL SEGUNDO PORTILLO la suspensión de la ejecución de la pena.

Desarrolló su inconformidad manifestando que sus representados siempre estuvieron prestos a indemnizar, lo que finalmente hicieron incluso por un valor mayor al tasado por el perito de la defensa para una de las víctimas. Además, aseveró que la a quo no sustentó la razón por la cual no brindó el 75% de descuento punitivo que concede la ley por reparación integral cuando con la ejecución del punible no existió un mayor daño y se encuentra demostrado que se necesitó de la intervención de un perito porque no fue posible ubicar a uno de los afectados.

Advirtió que la falta de argumentación se extendió al tópico relacionado con la circunstancia de atenuación punitiva regulada en el artículo 268 del código penal deprecada en favor del señor ADALBERTO CORTÉS SÁNCHEZ, pues tan solo se hicieron interpretaciones subjetivas que no son de recibo ya que lo demostrado es que la cuantía del elemento objeto del hurto no superaba el salario mínimo legal.

Es así como finalizó el censor solicitando que se modifique la sentencia frente a la tasación punitiva y se les conceda a los procesados los beneficios que establecen los artículos 38G y "65" del código penal.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por la Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. En razón de la limitación temática de la segunda instancia sólo examinaremos los dos puntos del disenso referidos al monto de la rebaja punitiva por reparación de perjuicios y la negativa del reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva consagrada en el artículo 268 del código penal.

Para iniciar, tenemos que el recurrente considera que el porcentaje de disminución de pena por la vía de la reparación debió ser del 75% y no el 50% como decidió la judicatura de primer

grado, dado que en el sub judice la indemnización integral se dio de manera efectiva ante la voluntad expresa de los procesados de realizar el pago de conformidad con los valores tasados por el perito por ellos contratado, pues una de las víctimas no se presentó al interior del trámite penal, máxime cuando no se presentó un daño mayor con la ejecución de la conducta punible y la a quo no sustentó la razón por la cual fijó la rebaja en el porcentaje que lo hizo.

Como ha sostenido la jurisprudencia (radicado 40234 de 2013), en aplicación del principio de igualdad y del valor justicia, el operador judicial puede moverse entre el 50% y el 75% de descuento *"según el momento en que se hizo la indemnización y de quién surgió la voluntad de hacerlo, pues no es lo mismo que se restablezcan los derechos de la víctima a último momento, permitiendo que padezca las consecuencias del delito y las vicisitudes de un proceso penal por un extenso período, como tampoco que el esfuerzo para resarcir no hubiese sido realizado por el acusado, sino por un tercero"*.

En consecuencia, la norma bajo estudio concede un margen de discrecionalidad en el reconocimiento cuantitativo de dicha disminución (de la mitad a las tres cuartas partes), lo que le permite al sentenciador considerar en su conjunto todas las circunstancias dentro de las cuales se presenta la reparación integral con el propósito de definir el monto final de la degradación.

En este caso concreto tenemos que, contrario a lo sostenido por el recurrente que planteó una presunta falta de motivación, la juzgadora ampliamente explicó que optó por disminuir el 50% de la pena por el momento procesal en el que se

produjo la reparación, valga decir, siete meses después de cometido el hurto, cuando se asignó el conocimiento de la causa penal, aún no se había adelantado ningún trámite en aras de cumplir con dicho desagravio, y pese a que en el transcurso de la actuación se supo la pretensión indemnizatoria de una de las víctimas, inicialmente se le consignó un valor menor al reclamado. Y tiene razón la Juez de conocimiento en este razonamiento, pues resulta relevante considerar el tiempo de la reparación ya que no es lo mismo una rápida y completa indemnización que hacerlo tardíamente.

Y es que no debe olvidarse que los hechos tuvieron ocurrencia el 06 de diciembre de 2020, que el 17 de septiembre de 2021 el delegado de la Fiscalía puso en conocimiento de la defensa y del juzgado que la señora CARMENZA MARÍA TORRES OSPINA había fijado su pretensión indemnizatoria en \$400.000, y que el 24 de enero de 2022 el señor defensor allegó el dictamen pericial mediante el cual un experto tasó los perjuicios ocasionados a las dos víctimas, informe con el cual se observa que no solo se estaba desconociendo la voluntad expresa de una de las víctimas sino que además se acudió a esta herramienta luego de pasados 13 meses de la ejecución de la conducta punible.

Adicionalmente, en la audiencia llevada a cabo el 10 de marzo de 2022 y en la que se negó el primer preacuerdo presentado, la señora TORRES OSPINA indicó que no tenía conocimiento de los \$160.000 que habían sido consignados en la cuenta de depósitos del Banco Agrario a su favor, y que ese valor no cubría su expectativa fijando finalmente en \$300.000 los perjuicios que padeció con el punible del cual fue víctima.

Entonces, esta Colegiatura juzga razonable el porcentaje de descuento que dispuso la primera instancia pues si bien el recurrente asevera que sus prohijados siempre estuvieron prestos a indemnizar y que por ello acudieron a un perito para establecer la indemnización integral por cuanto uno de los ofendidos no compareció al proceso penal, lo cierto es que desde antes de ese momento no se observa que aquellos hubiesen adelantado ninguna acción tendiente a conocer la tasación de los perjuicios y proceder al pago efectivo y oportuno de los mismos, ello pese a que inclusive la señora CARMENZA MARÍA TORRES OSPINA desde antes ya había establecido su solicitud indemnizatoria.

En este punto deviene importante destacar que la iniciativa de agotar la reparación integral debe surgir del sujeto activo de la conducta delictiva, y aunque en este evento una de las víctimas debió ser contactada a través de la Fiscalía y al otro perjudicado hubo que nombrarle un representante judicial ante su ausencia, ello no significa que deba ser la otra parte o los intervinientes quienes deban, *motu proprio*, asumir la carga de adelantar las gestiones pertinentes para que dicho desagravio se materialice. Así las cosas, la inacción de los señores MANUEL SEGUNDO OVIEDO PORTILLO y ADALBERTO CORTÉS SÁNCHEZ durante mucho más del año que transcurrió desde la fecha de ocurrencia de los hechos y hasta cuando se realizó el resarcimiento efectivo de los perjuicios no puede ser avalada por esta Colegiatura a efectos de acoger la tesis expuesta por el recurrente sobre la presunta voluntad expresa e inmediata de indemnización por parte de los procesados.

En conclusión, los parámetros que debe tener en cuenta el sentenciador en punto de fijar el correspondiente descuento punitivo, de conformidad con la norma que regula la materia y la jurisprudencia que se ha desarrollado en torno a ello¹, se concretan en la oportunidad en la cual se produce la reparación y si aquella se da por voluntad o no del sujeto activo del injusto, aspectos que, como ya se dijo, fueron debidamente estudiados por la primera instancia.

Y sobre el reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva consagrada en el artículo 268 del código penal deprecada a favor del acusado ADALBERTO CORTÉS SÁNCHEZ, debe decirse que tampoco le asiste razón al disenso sobre su hipótesis de que quedó probado que la cuantía del elemento por aquel hurtado no superaba el salario mínimo mensual vigente, pues independiente de que en la imputación fáctica se haya dicho que *“Adalberto Sánchez Cortes, ingresó su mano por la parte de atrás del vehículo y la despojó a ella, también, de su equipo de comunicación celular Samsung J10, color negro, EMEI 35175810104991003, SIMCARD 3008410497, avaluado en ochocientos mil (\$800.000) pesos”*, no puede olvidarse que ambos procesados fueron acusados en calidad de coautores del delito de hurto calificado agravado, comportamiento delictivo del cual fueron víctimas los señores CARMENZA MARÍA TORRES OSPINA y FABER PATIÑO ALZATE², razón por la cual resulta desacertado sostener que el procesado CORTÉS SÁNCHEZ incurrió en una conducta punible cuyo monto ascendió únicamente a \$800.000.

¹ “En relación con el punto, la jurisprudencia ha manifestado que el funcionario de conocimiento tiene la facultad de determinar la cuantía del descuento -que no se traduce en arbitrariedad-, en la medida en que le asiste la obligación de argumentar con solidez probatoria y jurídica el quantum a reconocer -entre la mitad y las tres cuartas partes-, dependiendo del momento en el que se haya materializado la indemnización y del sujeto de quien surgió la voluntad de hacerla (Cfr. CSJ SP 26 jun. 2013, rad. 40243)” Sentencia SP8130-2017, radicación N° 49689 del 07 de junio de 2017.

² Información que reposa en el acápite de “Datos de la víctima” en la página 4 del escrito de acusación.

Finalmente, aunque en la parte final del disenso se solicitó la concesión de la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38G del código penal, debe decirse que sobre dicho tópico la juzgadora se pronunció indicando que, pese a la satisfacción del requisito objetivo sobre el cumplimiento de la mitad de la pena, en el presente evento no procede la concesión del aludido subrogado por cuanto en el expediente no hay prueba del arraigo de los condenados ya que éstos informaron vivir en hoteles en el centro de esta ciudad, sin más direcciones, por lo que se desconoce si tienen un grupo familiar o una comunidad a la cual pertenezcan, circunstancia frente a la cual ninguna manifestación en contrario hizo el recurrente y por tanto esta Colegiatura se abstendrá de estudiar el asunto ya que el mismo fue debidamente analizado por la primera instancia y no se ha presentado ninguna variación frente a las eventualidades analizadas en su oportunidad.

Lo argumentado en precedencia surge suficiente para concluir que los planteamientos expuestos por el disenso no tienen la capacidad necesaria para que sea viable remover la decisión de la Juez Cuarenta y Siete Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín en punto de lo que es objeto de apelación, por lo que se ratificará la sentencia impugnada.


Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto es materia de apelación.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado