

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de octubre de dos mil veinticuatro (2024).

Radicado: 050016000206202207794
Procesado: Yonatan Esteban Guevara Ospina
Delito: Hurto calificado y agravado tentado
Asunto: Apelación de Sentencia – preacuerdo Ley 1826 de 2017
Sentencia: No. 22. Aprobada por acta No. 128 de la fecha.
Decisión: Confirma sentencia

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 18 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí, Antioquia, por medio de la cual y en virtud de un preacuerdo, condenó al señor **Yonatan Esteban Guevara Ospina**, por el punible de hurto calificado y agravado, tentado, imponiéndole una pena de 15,75 meses de prisión, a

su vez que le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

2. ACONTECER FÁCTICO

De conformidad con la acusación, los hechos ocurrieron aproximadamente a la 2:30 a.m. del 29 de marzo de 2022, en el cruce de la carrera 52 con calle 84A de esta localidad donde fue capturado por miembros de la fuerza pública **Yonatan Esteban Guevara Ospina** dado que, mediante violencia sobre las cosas y en compañía de otra persona que huyó, se apoderó de la motocicleta de placas ZWY02F, marca KTM, línea 200 DUKE NG, valorada en \$15.000.000, que Mauricio Andrés Torres Higueta, su poseedor, había dejado estacionada en la calle 15 C sur con carrera 52, parque Las Chimeneas de Itagüí.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 30 de marzo de 2022, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí, se declaró legal la captura del señor **Yonatan Esteban Guevara Ospina** y en esa misma fecha la Fiscalía le corrió traslado por el delito de hurto calificado y agravado, tentado, cargo que no fue aceptado por el procesado.

El conocimiento de la causa penal correspondió, por reparto, al Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí, quien celebró la audiencia concentrada el 8 de noviembre de 2022.

Luego de múltiples aplazamientos, cuando se disponía la judicatura a iniciar con la audiencia de juicio oral el 4 de marzo de 2024, fue informada de la suscripción de un preacuerdo consistente en la degradación de la intervención del procesado de autor a cómplice, dejando en manos del Despacho la tasación de la pena y señalando que se había hecho efectiva la indemnización a la víctima con miras a acceder a la rebaja del artículo 269 del C.P.

El acuerdo fue aprobado en esa fecha, dándose paso a la audiencia de individualización de la pena, donde la defensa del encartado solicitó la suspensión de la pena o la prisión domiciliaria por considerar que la pena que resultaría era mínima y su prohijado era una persona joven que no debía ser recluida por cuestiones de conveniencia.

El 18 de marzo de 2024, la Judicatura de instancia inicial profirió el fallo que puso fin a la instancia, en el cual condenó al procesado a la pena de 15,75 meses de prisión y no se concedió subrogados ni sustitutos penales. Esta decisión fue censurada por la defensa del procesado.

4. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, se tiene:

1. Respecto a la rebaja del artículo 269 del C.P., el funcionario de primera instancia determinó otorgar una disminución del 50%, habida cuenta que la reparación se

había producido 2 años después de ocurridos los hechos y la víctima tuvo que rebajar sustancialmente el monto solicitado como indemnización a sus perjuicios.

2. Frente a los beneficios y subrogados, el *a quo* indicó que el delito de hurto calificado y agravado gozaba de expresa prohibición legal de concesión de estos de conformidad con el artículo 68A del C.P., por lo cual no accedió a la petición elevada por la defensa en ese sentido.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

El abogado de **Yonatan Esteban Guevara Ospina**, censuró el fallo de primer nivel, indicando:

1. Respecto a la denegación de beneficios y subrogados, adujo el togado que la primera instancia efectuó un análisis exegetico de la prohibición, echando de menos que en las cárceles del país se estaban gestando verdaderos problemas humanitarios que atentaban contra los derechos fundamentales.

Además, adujo que el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 no incluyó el hurto calificado y agravado como una de las conductas vedadas de beneficios y subrogados, aunado a que la jurisprudencia constitucional indicaba la necesidad de verificar la necesidad de la ejecución de la prisión formal; cerró su argumento, señalando que su prohijado

contaba con arraigo, carecía de antecedentes, estuvo presto a los llamados del Juzgado y reparó a la víctima.

Por ello, solicitó se revocara en ese sentido el fallo de primer nivel y se otorgara algún beneficio previsto en la ley.

2. Con ocasión a la rebaja del 50% de la pena, dispuesta por el *a quo* de conformidad con el artículo 269 del C.P., indicó el abogado que la tardanza en la reparación no era imputable a su asistido, en tanto existieron cambios de fiscales y aplazamientos que no fueron generados por la defensa.

Por lo anterior, solicitó se revisara ese monto de rebaja y el *quantum* de la pena.

6. NO RECURRENTE

Los no recurrentes guardaron silencio en el traslado efectuado de la apelación.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del

Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí, Antioquia (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión al punto central y estricto de impugnación y las cuestiones inescindibles a ello, determinando si le asiste la razón al censor o si, por el contrario, la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada íntegramente.

7.2 Del problema jurídico

Analizados los argumentos de la sentencia de primera instancia y los de la apelación con los cuales se ataca a aquella, los problemas jurídicos a resolver en esta oportunidad, se circunscriben a lo siguiente:

- ¿La prohibición de beneficios y subrogados contenida en el artículo 68A del C.P., puede ser inaplicada en razón a criterios de humanidad?
- ¿Cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta para determinar el monto de la rebaja por indemnización integral, regulada en el artículo 269 del C.P.?

Para una mejor estructura lógica de la decisión, la Sala abordará cada situación problema en particular.

7.3 ¿La prohibición de beneficios y subrogados contenida en el artículo 68A del C.P., puede ser inaplicada en razón a criterios de humanidad?

Para resolver el interrogante, comenzará por decirse que el Congreso de la Republica en uso de su facultad de configuración legislativa en materia de política criminal, incluyó en el código penal el artículo 68A por medio de la Ley 1142 de 2007, que en sus inicios vedaba la concesión de beneficios y subrogados a aquellas personas que hubiesen sido condenadas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena.

No obstante, esta prohibición de beneficios y subrogados se hizo extensiva en el año 2011 a aquellos sujetos que resultaran condenados por la comisión de conductas punibles contra la administración pública¹.

Para el año 2014 y siendo esta la modificación que interesa para el presente asunto, el Congreso de la Republica expidió la Ley 1709 de 2014 que, entre otros tipos penales, incluyó el de hurto calificado como uno de los exceptuados para la concesión de beneficios y subrogados, modificación legislativa que se mantiene incólume hasta la fecha.

Ahora bien, no es desconocido por la comunidad jurídica la difícil problemática que atraviesan desde hace varios años los diferentes centros de reclusión penitenciaria y carcelaria del

¹ Cfr Leyes 1453 y 1474, ambas del 2011.

país, donde se han alcanzado altos índices de hacinamiento que han redundado de forma negativa en la salubridad de esos centros.

No obstante, esa situación no es un fundamento plausible para inaplicar la prohibición prevista en el canon 68A del C.P., por cuanto si bien son criterios importantes a tener en cuenta, por sí mismos no pueden inocular una norma que ha sido declarada conforme con nuestra Carta Política. Pensar lo contrario implicaría que se debería anular la pena de cárcel en Colombia, lo que resulta verdaderamente inadmisibles.

De otra parte, en criterio del magistrado sustanciador, siempre se debe tener en cuenta los fenómenos procesales de contribución con la Administración de Justicia y de Justicia Restaurativa a efectos de flexibilizar, de manera excepcional, la prohibición del artículo 68 A; sin embargo, estos análisis deben ir acompañados siempre de un análisis estricto y riguroso del cumplimiento de los fines de la pena y en últimas del Derecho Penal.

7.3.1 Caso concreto

Para el caso que interesa a la Sala, el señor **Yonatan Esteban Guevara Ospina** venía siendo procesado por el delito de hurto calificado y agravado, en modalidad tentada, por hechos ocurridos el 29 de marzo de 2022 y del cual aceptó su responsabilidad de forma consensuada.

En razón de lo anterior, la judicatura de primer nivel decidió condenarlo a una pena de 15,75 meses de prisión, denegándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por estar el delito por el cual se emitió juicio de reproche enlistado dentro de los vedados de la concesión de beneficios y subrogados.

La defensa se mostró inconforme con la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por considerar que era viable el otorgamiento de tal subrogado y/o el de la prisión domiciliaria, por cuanto la Ley 1121 de 2006 no enlistó el hurto calificado como prohibido de esas figuras, además de que las cárceles tienen serios problemas de hacinamiento y que su prohijado es un ciudadano sin antecedentes, con arraigo y de buen comportamiento.

Frente a los planteamientos de la defensa, es menester señalar, en primera medida, que la prohibición de beneficios y subrogados para el punible de hurto calificado no fue producto de la Ley 1121 de 2006, como erradamente lo considera el censor, sino que ella obedeció a la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014, motivo por el cual deviene impertinente ese argumento, máxime cuando la prohibición del artículo 68A del C.P. goza de plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

En ese mismo sentido y como la norma se encuentra vigente, no puede esta ser inaplicada bajo criterios de mera humanidad y conveniencia, como lo son los argumentos esbozados por el

apelante, tales como la problemática de las cárceles y la situación particular de su prohijado.

En efecto, aunque esta Sala de Decisión no es ajena al problema de hacinamiento carcelario y las dificultades que se presentan para el cumplimiento de los fines constitucionales y legales de la pena, también tiene claro que no le es dable a los jueces desconocer el principio de legalidad de las sanciones que resultan de la infracción a la ley penal, ni dejarse de aplicar una norma de la cual no se avizora una afrenta o contradicción frente a la Carta Política, en razón de solo apreciaciones de inconveniencia para un caso en concreto, peor aún cuando las mismas no han sido tenidas en cuenta por el legislador.

Adicionalmente así se tuviera en cuenta que el procesado colaboró con la justicia y que hubo una indemnización de perjuicios, ello no da para matizar la prohibición del artículo 68 A del C.P. si se tiene en cuenta que el hurto de automotores es uno de los que más agobian a la sociedad colombiana no solo por ser uno de los de mayor ocurrencia, sino también porque ha dado lugar a la conformación de verdaderas organizaciones criminales por lo cual debe tener una fuerte reacción penal por parte del Estado para cumplir con los cometidos del Derecho Penal.

Por lo expuesto, la censura respecto a la denegación de beneficios y subrogados, no prospera.

7.4. ¿Cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta para determinar el monto de la rebaja por indemnización integral, regulada en el artículo 269 del C.P.?

La diminuyente punitiva en razón de la reparación integral de las víctimas está regulada en el artículo 269 del C. P. que establece:

Reparación. 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.

La Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en varias jurisprudencias² ha venido decantando esta institución, para definir ciertas características de la misma que nos permitan comprender su alcance real. Así, en el año 2003 sobre ella estableció:

“1. Se trata de un mecanismo de reducción de pena, no de una atenuante de responsabilidad. Por lo tanto, no incide en el término de prescripción de la acción penal ni en la determinación de la cantidad máxima de pena que hace procedente el recurso de casación.

2. La rebaja de pena no es facultativa del juez. Cumplido el supuesto fáctico, se aplica la consecuencia jurídica correspondiente sin que interese determinar el motivo que indujo

² Cfr. Sentencias rad. 2643 de 1988, 9657 de 1998, 16562 de 2001, 24817 de 2006, 26253 de 2007, 35767 de 2012 y 39160 de 2012, entre otras

a la restitución o indemnización, valoraciones subjetivas que no hacen parte de los requisitos consagrados en la ley.

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.

5. La reducción es extensiva a los copartícipes, **aunque no necesariamente en la misma proporción** dadas las particularidades que se deben observar en el proceso de dosificación de la pena.

6. La estimación de perjuicios hecha por el ofendido sólo puede ser objetada por los demás sujetos procesales, de manera que si aquél no reclama por daño moral es porque lo consideró inexistente. Sin embargo, aunque el funcionario judicial no puede cuestionar la pretensión indemnizatoria, debe verificar que 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.

7. Su reconocimiento no concurre con circunstancias genéricas de menor punibilidad.(negrillas fuera de texto)³

Ahora bien, el artículo 269 penal ciertamente trae una diminuyente punitiva en caso de que el procesado **indemnice**

³ C.S.J. Sala de Casación penal, rad. 15.613 del 13 de febrero del 2003,

integralmente a la víctima, la cual va de la mitad (50%) a las tres cuartas partes (75%), pero en tal norma no se dijo que criterios se debían tener en cuenta para el cálculo de dicha rebaja, lo que ha dado pie a algunas discusiones y posiciones contrastadas en la jurisprudencia sobre tal asunto.

La Sala de Casación Penal hasta el año 2012 pacíficamente sostuvo que las pautas a tener en cuenta para dicha dosificación se hallaban en el artículo 61 del C. P., esto es lo que tiene que ver con la intensidad del dolo, la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las circunstancias que agraven o atenúen la punibilidad, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en concreto⁴; sin embargo, en el año 2013 a través de la sentencia 40.234 del 26 de junio de 2013, varió la línea jurisprudencial aduciendo que:

“Asiste razón al demandante respecto de que utilizar los criterios del artículo 61 del Código Penal (**gravedad de la conducta**, daño causado, naturaleza de las causales de agravación, intensidad del dolo, etc.) para señalar el quantum del artículo 269 infringe el principio que prohíbe sancionar dos veces la misma circunstancia fáctica y ello acaecería, como que tales aspectos deben ser considerados para fijar la pena correspondiente al tipo penal infringido y, por consecuencia, no pueden emplearse una segunda vez con el mismo objetivo de sancionar, pues ese alcance tiene el disminuir o no el castigo.

Pero lo que sí le está dado al juzgador es que, en aplicación del principio de igualdad y del valor justicia (que, en esencia,

⁴ Al respecto, las sentencias 24817 de 2006 y 35767 de 2012, etc.

comporta dar a cada cual lo que le corresponde, según las especiales circunstancias de tiempo, modo y lugar de su actuación), se mueva entre el 50% y el 75% del 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 la consecuencias del delito y las vicisitudes de un proceso penal por un extenso periodo, como tampoco que el esfuerzo para resarcir no hubiese sido realizado por el acusado, sino por un tercero (así sea un partícipe en el delito).”⁵

Del análisis del precedente jurisprudencial vigente al día de hoy, se puede colegir que la anterior postura violaba el principio del *non bis in idem* y que, por tanto, ahora lo que se debe tener en cuenta es la voluntad de resarcimiento integral, quién lo hace y el momento en que se materializa el resarcimiento, pues no es lo mismo una reparación temprana de los perjuicios que una hecha *ad portas* de la sentencia de primera instancia, como tampoco tiene la misma significación que la haga el mismo procesado a que la haga un tercero u otro de los coparticipes en el reato.

7.4.1 Caso concreto

Respecto a este segundo interrogante, se tiene que en la audiencia celebrada el pasado 4 de marzo de 2024, se informó por la víctima que había sido integralmente reparada por cuenta del procesado en los perjuicios sufridos por el delito.

⁵ Cfr. Sentencia del 26 de junio de 2013 (radicado 40.234).

En razón de ello y al momento de determinar la pena, el funcionario judicial de primer nivel determinó otorgar una rebaja del 50% de la pena por ese fenómeno postdelictual, arguyendo que se daba el mínimo de la disminución por la tardanza en el pago de los perjuicios.

Ese monto de rebaja, fue cuestionado por el apelante señalando que las moras recalcadas por el juez en el fallo no obedecieron a su prolijado, sino a otros aspectos que no eran de su control.

Pues bien, de conformidad con la jurisprudencia que regula lo atinente a la determinación de la rebaja, se tiene que la subregla establecida apela al principio de progresividad, esto es, entre más pronto se indemnice, mayor será el descuento punitivo.

En el presente asunto, se tiene que existió un amplio paso del tiempo entre el momento en que se cometió el ilícito y el día en que se reparó a la víctima, aunado a un largo decurso procesal, situación que no es oponible al avance del proceso, pues, precisamente, la figura de la reparación está prevista como un mecanismo que no requiere de la ritualidad de una audiencia para realizarse.

En consecuencia, el argumento de que se dejó transcurrir el tiempo para indemnizar porque existieron aplazamientos de audiencias y cambios de fiscales no es una excusa valedera para que el acusado dejara pasar dos años y esperar la llegada

de la audiencia de juicio oral para materializar el pago de la reparación integral.

Así, ante el evidente paso injustificado del tiempo que, se itera, no es predicable de sujeto distinto al procesado, la Sala confirmará el monto de rebaja entregado por la primera instancia y consecuentemente la pena impuesta.

En suma, por todo lo expuesto, lo que impele para la Sala es confirmar la tasación de la pena impuesta por el *a quo*.

En consecuencia, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

9. RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia del 18 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí, Antioquia, por medio de la cual y en virtud de un preacuerdo, condenó al señor **Yonatan Esteban Guevara Ospina**, por el punible de hurto calificado y agravado, tentado, imponiéndole una pena de 15,75 meses de prisión, a su vez que le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

Segundo: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

LUIS ORLANDO PALOMÁ PARRA
Magistrado

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Ricardo De La Pava Marulanda
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Orlando Paloma Parra
Magistrado

Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1d4189575ee0fb2f30f5cd7155dd069509ccb86055e620a386cc60309a4f671d**

Documento generado en 28/10/2024 02:45:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>