

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 05001 6000206 2022-11239

Procesado: Jimmy Adolfo Aguirre Ortiz

Delito: Hurto calificado y agravado

Decisión: Nulidad

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo
Acta N° 59

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Décima de Decisión Penal

Medellín, diecisiete (17) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

1.- VISTOS

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia condenatoria proferida el 6 de diciembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal Municipal de Medellín, vía allanamiento, en disfavor de Jimmy Adolfo Aguirre Ortiz, al hallarlo penalmente responsable de la comisión del delito de hurto calificado y agravado, sin embargo, esta Sala de decisión advierte una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y amerita la declaratoria de una nulidad parcial.

2.-ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos fueron narrados en la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

“Dan cuenta las constancias procesales que el día 18 de mayo de 2022 siendo aproximadamente las 5:00 pm cuando el señor LUÁS ALFREDO RESTREPO VALDERRAMA transitaba por el sector del Parque Berrio de esta Ciudad, recibió

un golpe en su cuello y fue despojado de \$1.000.000 que guardaba en su bolsillo y –además- de sus documentos personales.

Efectuado el apoderamiento, el ofendido increpó a los asaltantes [hombre y mujer] y en respuesta trataron de lesionarle con las dos armas blancas que portaban; no obstante, ante la intervención de la comunidad que presencié los hechos emprendieron huida, siendo enseguida capturado por agentes de la Policía Nacional que patrullaban en la zona quien –presentando ante la autoridad competente para su judicialización- se identificó como JIMMY ADOLFO AGUIRRE ORTIZ, después de que se deshizo de los documentos personales del Restrepo Valderrama y que finalmente se recuperaron .”

El 19 de mayo de 2022, ante el Juez de Control de Garantías, se adelantaron las audiencias de legalización de captura, traslado del escrito de acusación -Ley 1826 de 2017-, y medida de aseguramiento, endilgándose a Jimmy Adolfo Aguirre Ortiz la presunta comisión del delito de hurto calificado y agravado –artículos 239, 240 inc. 2, y 241 numeral 10 de la Ley 599 de 2000—. No hubo allanamiento a cargos y se le impuso medida de detención preventiva en centro carcelario.

La actuación correspondió por reparto al Juzgado Cuarenta y Seis Penal Municipal de Medellín, y cuando se disponían a realizar la audiencia concentrada se informó de una aceptación de cargos, lo cual fue verificado y aprobado por la juez de instancia; así mismo, dentro de los elementos materiales probatorios se aportó constancia del 18 de julio de 2022, a través de la cual, la víctima fijó la suma de sus perjuicios en \$1.800.000, esto es, \$1.000.000 correspondiente al valor de lo hurtado y lo demás imputable a los gastos que tuvo que sufragar con ocasión del mismo.

El 22 de noviembre de 2023, se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena, allí las partes además de hacer referencia a las circunstancias familiares, sociales y antecedentes de todo orden, se pronunciaron acerca del peritaje presentado por la defensa, indicado la fiscalía que se encuentra ajustado a los perjuicios sufridos por el afectado y por tanto, el procesado tiene derecho a la rebaja contemplada en el artículo 269 del CP, adicionalmente, aclaró que el incremento patrimonial fue de \$1.000.000.

El defensor aludió que se hicieron tres pagos por valor de \$500.000, \$400.000, y \$250.000, los días 7 de julio, 24 de octubre y 22 de noviembre de 2023, respectivamente, para un total de \$1.150.000, valor que fue el tasado por el perito de la defensa.

En lo concerniente la víctima presente en la audiencia, manifestó a través de la fiscalía, que no se encuentra de acuerdo con la tasación de los perjuicios, por cuanto el perito no tuvo en cuenta las horas que tuvo que perder cuando acudió a formular denuncia y después tuvo que comparecer a las audiencias, por lo que, el valor de los mismos sigue siendo \$800.000, para un total de \$1.800.000 que reclama como devolución de lo hurtado e indemnización por daños y perjuicios.

3.- DECISIÓN RECURRIDA

Con fundamento en la aceptación de cargos, la Juez, una vez hizo alusión a los hechos, a la actuación procesal y a la responsabilidad en la conducta atribuida, terminó por declarar penalmente responsable al acusado Jimmy Adolfo Aguirre Ortiz por el delito hurto calificado y agravado, imponiéndole una pena de 74 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

Indicó respecto al reconocimiento del contenido del artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que la fiscalía advirtió que la víctima estimó los perjuicios en \$800.000, derivados de la pérdida de tiempo y demás gastos ocasionados a raíz del hurto; y, el defensor del procesado aportó tres comprobantes de transacciones virtuales de fecha 7 de julio, 24 de octubre y 22 de noviembre de 2023, por valor de \$1.150.000, que corresponde a \$1.000.000 por reintegro patrimonial y el resto por indemnización integral.

Explicó que si bien no solo se debe velar por el derecho de la víctima a ser reparada integralmente, sino también porque el procesado pueda acceder a la respectiva rebaja, dicha valoración no puede comportar un cuestionamiento a la pretensión indemnizatoria, pues es en el trámite incidental donde se prueban los perjuicios, por ende, su labor se limita a verificar que la estimación de esos daños sea razonada, y en este caso, no se advierte que la exigencia del afectado fuese excesiva o desproporcionada, por lo que no sería posible aplicar el descuento al no haberse cumplido a cabalidad con lo determinado por la víctima.

4.-SUSTENTACION DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES.

4.1.- El defensor centró su inconformidad en la negativa de la rebaja por concepto de reparación -artículo 269 de la Ley 599 de 2000-, dado que su prohijado

realizó los respectivos pagos, y en audiencia de individualización de pena se aportó el dictamen pericial que tasa los perjuicios, por ende, tiene derecho al máximo descuento, en tanto, colaboró con la justicia y no hubo desgaste judicial.

Solicitó el reconocimiento de la rebaja, y se estime la opción de decretar la pena cumplida.

4.2.- No hubo pronunciamiento de los no recurrentes.

5.- CONSIDERACIONES

Como se anunció se observa una irregularidad sustancial que amerita la declaratoria de nulidad parcial de la decisión apelada por violación al debido proceso y defensa, veamos:

Revisada la actuación se evidencia que en la audiencia de individualización de pena el defensor solicitó el reconocimiento de la rebaja prevista en el artículo 269 del CP, para lo cual hizo alusión a un dictamen pericial que fijó el valor de los perjuicios incluyendo lo concerniente al incremento patrimonial en \$1.150.000, valor que fue pagado por el procesado, pero la víctima a través de la fiscal manifestó su desacuerdo con el monto al considerar que en el peritaje no se tuvo en cuenta las horas que perdió cuando formuló la denuncia y en las audiencias, reiterando el valor de los mismos en \$1.800.000.

Al respecto, la falladora indicó que por existir un cuestionamiento de la pretensión indemnizatoria ello debía resolverse en el incidente de reparación, siendo su labor en ese momento procesal y a efectos de analizar tal figura verificar que la estimación fuese razonada, encontrando en este caso, que lo pedido por el ofendido no era excesivo ni desproporcionado; igualmente, indicó que no era la etapa para discutir la tasación de perjuicios ni la exigencia de soporte probatorio o se desechasen las evidencias aportadas para justificarlos.

Vistas, así las cosas, se evidencia que el trámite impartido por la juez vulneró derechos fundamentales, por las siguientes razones:

Recuérdese que luego de determinarse la responsabilidad del procesado, le corresponde al fallador desarrollar la audiencia de individualización de pena, espacio previsto para que las partes se refieran a las condiciones familiares, sociales e individuales del mismo, así como a la determinación de la pena que en su opinión deba

ser aplicada y la concesión de subrogados, con todo ello, el juez valora las solicitudes de las partes y los elementos que las acreditan bajo el tamiz del derecho de contradicción, a fin de asumir la decisión que en derecho corresponda.

En lo tocante, ha explicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“...las partes pueden aducir los elementos probatorios y evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos, pero que esta actividad probatoria, como se ha dicho, se contrae estrictamente a las condiciones que le permitirán al juez arribar a la probable determinación de la pena aplicable y a la concesión de algún subrogado, quedando vedada toda iniciativa probatoria o argumentativa que desborde este objetivo.

(...)

Así mismo, la norma en comento autoriza al juez a solicitar oficiosamente a cualquier institución pública o privada la designación de un experto para que amplíe la información ofrecida por las partes procesales si lo estimare necesario. Esta expresa facultad legal se halla acorde con la estructura del sistema acusatorio, por cuanto para ese momento procesal ya se ha superado el debate probatorio del juicio oral que tiene como objetivo deducir la responsabilidad criminal del procesado, y en esta fase posterior, los elementos de juicio que se le presentan al juez o que este ordena, tienen un cometido totalmente distinto, esto es, determinar los aspectos relacionados con la individualización de la pena y la procedencia o no de los subrogados penales.

(...)

Finalmente, con posterioridad a la acreditación de los hechos por parte de los sujetos procesales, una vez introducidos a la audiencia por el juez los resultados de la ampliación de información que ordenó oficiosamente con el propósito de reunir mayores elementos de juicio para la individualización de la sanción y la decisión de la concesión o no de sustitutos penales, debe disponer su traslado a las partes para garantizar la publicidad y contradicción de su contenido, lo cual no requiere la lectura de tales informes, pues ello atentaría contra la celeridad procesal y la definición del proceso dentro del plazo razonable.

Basta con que se ponga en conocimiento directo de las partes el resultado de los informes, o si se prefiere, en aras de lograr la deseable fluidez de la audiencia, pueden darse a conocer con anterioridad a ella, para que los interesados tengan la oportunidad de analizarlos, siempre y cuando su incorporación material y su traslado formal se realice al interior de la audiencia y quede evidenciado en este acto procesal.

Luego de ello, el juez se halla constitucionalmente compelido a escuchar a las partes procesales para que presenten las consideraciones que tengan respecto de los elementos de juicio incorporados o producidos dentro de la diligencia, garantizando en todo caso el derecho a la última palabra del enjuiciado.”¹

Y, en efecto, en este caso la vulneración derechos deriva precisamente de que la juez ni siquiera valoró el dictamen anunciado por la defensa, descartándolo de tajo solo con el argumento de que el afectado no estuvo de acuerdo con el valor consignado; aunado a ello, si bien la fiscalía y la víctima agenciada por ésta, manifestaron su opinión

¹ CSJ. Sala Penal. Rad. 41712 de 2016

acerca del monto, no se habilitó el espacio para que presentaron sus reparos u observaciones respecto a ese elemento de juicio.

Por lo que, la falladora sin mayor argumentación resolvió no conceder la rebaja contenida en el artículo 269 del CP, omitiendo que, si en dicha audiencia se presentó un conflicto de intereses que, de acogerse la posición del afectado, como lo hizo, debía justificarlo debidamente, pues se trata de un aspecto importante para el penado al incidir en la duración de la pena, lo que no puede pender solamente de la opinión que le merezca a la víctima.

Entonces, no puede desconocerse que la rebaja contenida en la citada norma es un derecho cuando se cumplen los requisitos, y en principio no pueden ignorarse las exigencias que realice la víctima frente a la indemnización en términos de razonabilidad; sin embargo, si para la *A quo* resultaba ser adecuada la posición del afectado, debió fundamentarlo, detallando las razones por la cuales dicha pretensión le resultaba más ajustada que la planteada por la defensa a través del dictamen pericial.

Y, es que recuérdese que el mismo artículo 447 de la Ley 906 de 2004, faculta al fallador para que de considerarlo pertinente y a fin de ampliar la información con la que cuenta: *“solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que éste, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda a su petición.”*, facilitando esto emitir una decisión acorde con la realidad del caso y donde ambas partes queden satisfechas con la razón de lo decidido, por tanto, no era solamente rechazar el reconocimiento de la rebaja, al no considerar estimable el pedimento de la víctima, sino explicar de manera precisa y comprensible al procesado por qué el dictamen pericial y el pago que hizo no fue suficiente para que alcanzara la rebaja.

Valga significar que si bien, en principio, la víctima no puede imponer el monto de la indemnización, y por ende, no puede quedar a expensas de su voluntad el lleno de los requisitos del artículo 269 CP, a efectos de la específica rebaja punitiva que consagra dicha norma, le asiste el derecho a que se consideren sus intereses (artículo 11 CPP), además de que como colofón de la actuación penal pueda obtener en trámite subsecuente de un incidente, la reparación integral por los daños y perjuicios causados. Así, cuando exista desacuerdo con la defensa respecto a la devolución de bienes y la indemnización de perjuicios ocasionados, la decantación que el juzgador haga respecto a cuál le resulta más razonable, de no poder asirse a otros elementos de juicio que se le proporcionen dentro de la actuación, incluido un tercer criterio, deberá ofrecer sólidos y bien razonados elementos de juicio.

Con esa omisión, se vulneró el debido proceso y seguidamente el derecho de defensa, lo que obliga a la declaratoria de nulidad a partir de la audiencia para la individualización de la pena realizada el 22 de noviembre de 2023, acorde con lo señalado en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, ello a fin de que la juez subsane la irregularidad, impartiendo el trámite correspondiente al dictamen presentado por la defensa, realice el traslado correspondiente; y luego de valorarlo, junto con lo demás elementos de juicio, pueda proceder a individualizar la pena y definir lo relativo al otorgamiento o no de la rebaja contenida en el artículo 269 del CP., con los argumentos sólidos que se echaron en falta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECRETAR la nulidad a partir de la audiencia de la individualización pena, realizada el 22 de noviembre de 2023, inclusive, por violación a garantías fundamentales, acorde con lo señalado en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, ello a fin de que la juez subsane la irregularidad y profiera la decisión que en derecho corresponda.

SEGUNDO: Contra esta providencia procede recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

Firmado Por:

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 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: **57aef42334c2bc6e9c53f3aa80155d0f46bf76f59d7d52ba58a6be6d71b564d3**

Documento generado en 18/04/2024 11:46:53 AM

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