



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Anticipado: 2022-12953

Aprobado mediante acta 67

Medellín, mayo tres (3) de dos mil veintitrés (2023)

Interpuesto y sustentado de manera oportuna el recurso de apelación por la defensa contra la sentencia emitida por el Juez Décimo Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual se condenó al señor **Daniel Adrián Montoya Marín** por los delitos de hurto calificado y uso de documento público falso, procede la Sala a resolverlo.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

El 17 de julio del año pasado, el fiscal 29 seccional de Medellín dio traslado del escrito de acusación en contra del señor **Daniel Adrián Montoya Marín**, señalándolo como autor del

delito de receptación agravada, prevista en el artículo 447, inciso segundo, del Código Penal.

No obstante esa inicial acusación, en audiencia del 27 de septiembre posterior, luego de varios aplazamientos para el recaudo de unos videos por parte de la Fiscalía, en la audiencia que estaba prevista para su formulación oral, el fiscal indicó que llegó a un acuerdo con la defensa, pero con una variación en la calificación presentada en el escrito, porque de los nuevos elementos obtenidos se estableció que la conducta de receptación debía variarse a hurto calificado *“toda vez que el sujeto de la presunta receptación es el mismo que cometió la conducta de hurto”*, expresando los siguientes hechos:

El día 10 de junio de 2022, en esta ciudad de Medellín, ocurre que los patrulleros Jhony Henao Rendon y Luis Humberto Acevedo miembros de la Policía Nacional que patrullaban por el barrio La Piñuela de Medellín abordaron a un ciudadano, quien se identificó como **Daniel Adrian Montoya Marín**, el mismo conducía un vehículo CHEVROLET SPARK de placas FMU 557, igualmente este ciudadano al solicitarle documentos de identificación, les enseñó una licencia de tránsito del vehículo CHEVROLET SPARK FMU 557, la No. 10021983225, licencia de conducción que resultó falsa. Pero además se encontró en las bases de datos de la Policía Nacional, que el vehículo había sido hurtado 8 días antes, y que se adelantaba la investigación 2022-12414, donde el señor Santiago Tobón Arboleda había denunciado como autor de este hurto al señor **Daniel Adrián Montoya Marín”**

Igualmente, se manifestó que el acuerdo consistía en que el procesado aceptaba su responsabilidad en estos hechos y *“la calificación jurídica definitiva que se imparte en el día de hoy”*,

de las conductas de hurto calificado (arts. 239, 240 inciso 4, del CP) y uso de documento público falso (art. 291 del CP), a cambio de la degradación de su participación de autor a cómplice, únicamente para los efectos punitivos, con la rebaja del 50 % de la pena a imponer por el despacho.

Se advirtió que el procesado tuvo un incremento patrimonial de \$ 14.000.000 (valor que Lina María Arboleda canceló por el vehículo objeto del hurto, según informó el fiscal), de los cuales el 26 de septiembre de 2022 se hizo una consignación de \$ 9.000.000 a la víctima, solicitando el defensor un plazo de *“unos días para consignar el resto de lo que constituye el incremento”*. También se aclaró, por solicitud del Juez, que pese a la recuperación del carro, éste había sido vendido previamente por el procesado *“por lo tanto el vehículo será devuelto al señor **Daniel Adrián** y el incremento patrimonial, es decir lo que constituyó el valor de ese vehículo, es lo que le va a reembolsar a la señora Lina María Arboleda”*, especificándose que la garantía para la cancelación del restante es que se pague lo que falta antes de la decisión.

La víctima confirmó que le consignaron \$ 9.000.000, y que le quedaron faltando \$5.000.000, los cuales se le entregaron con posterioridad, según lo verificado en la audiencia por la primera instancia.

El 27 de octubre posterior, se aprobó el acuerdo por el Juez al encontrarlo ajustado a la legalidad y al verificar el consentimiento libre, consciente y voluntario por parte del señor **Daniel Adrián**. Por tanto, el 11 de noviembre

siguiente, fue condenado a la pena principal de 61 meses y 6 días de prisión por las conductas de hurto calificado (arts. 239, 240 inciso 4, del CP) y uso de documento público falso (art. 291 del CP).

La pena fue tasada de la siguiente manera: (i) señalando la sanción más grave (la de hurto calificado), partió del primer cuarto (42 a 69 meses), aplicada la complicidad, y por no haberse atribuido circunstancias de mayor punibilidad, se impusieron 51 meses por la gravedad de la conducta *“por cuanto se aprovechó de la confianza que ya le había generado a la víctima para lograr que dejara descuidado su vehículo y facilitar así su apoderamiento”*, y por la intensidad del dolo pues *“se valió de ardidés para facilitar su ilícito proceder; demostrando una mayor preparación de la conducta”*, lo cual indicaba la necesidad de la pena; y luego (ii) se incrementó en un 20 % por el delito concursante.

Por el mismo término, como pena accesoria, se impuso 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, así como la prisión domiciliaria con base en la figura de padre cabeza de familia.

La apelante solamente discute aspectos relacionados con la omisión en el descuento relativo a la reparación integral de la víctima, en los términos del artículo 269 del CP, y en ese sentido en la sentencia se indicó que no se admitía la rebaja de pena para el delito de hurto calificado, no obstante haber

indemnizado a la víctima, por cuanto no se dieron todos sus requisitos: que el procesado restituya el bien hurtado o su valor, e indemnice a su víctima.

Explicó que como un modo de justicia restaurativa, se buscaba aminorar la respuesta punitiva por *"una especie de arrepentimiento o para hacer menos gravosa la situación de su víctima"*, cuando decide devolverle el bien e indemnizarla, situación que no se cumple cuando le es reintegrado no por voluntad o decisión del procesado, sino por la acción efectiva de las autoridades, como sucedió en este caso, donde el acusado no restituyó el vehículo, sino que fue incautado por la Policía. La norma es clara en exigir que sea el responsable quien restituya el objeto material del delito o su valor e indemnice, y esta literalidad es legítima porque responde a su finalidad, que es valorar (en términos de menor reproche punitivo) el acto de arrepentimiento del procesado o su intención de reducir los efectos del daño que causó.

Concluyó que por lo anterior esta rebaja no podía operar cuando no es el responsable quien restituye el bien, porque no solo desconoce la norma sino su finalidad, así que no sería suficiente aducir que cuando el elemento es incautado o recuperado por la Policía, opera el descuento porque nadie está obligado a lo imposible, pues no surge de su voluntad de reducir el impacto o efectos causados con el daño, aludiendo a la sentencia SP14496 del 27 de septiembre de 2017, radicado 39831: *"... de tiempo atrás tiene establecido que para la operancia de la referida circunstancia de atenuación, el reintegro debe corresponder a un acto voluntario y*

oportuno del sujeto agente: ...Que el reintegro lo haga el agente por sí o por interpuesta persona, indudablemente significa que entre la acción de reintegrar y el sujeto activo de la infracción existe una relación, bien sea directa o mediada por un tercero que, en todo caso, actúa por él, sea como mandatario o no, pero no independientemente de él...". Esa relación se predica en todos los supuestos contemplados por la norma esto es, tanto si el reintegro es total como si es parcial... pues si se admitiera que la reparación puede ser hecha por cualquier persona o inclusive que fuera producto de la actuación de las autoridades de policía –que recuperaren la totalidad o parte de lo apropiado- o de las acciones judiciales que hubiere emprendido la entidad afectada, no se vería razón que justifique que si en estos últimos eventos la acción externa al procesado logra el reintegro total, éste se beneficie automáticamente con la rebaja prevista en la ley...".

Resaltó que aunque esta jurisprudencia hace relación expresa al art. 401 del C.P., el soporte dogmático jurídico es el mismo, pues ambas (269 y 401) exigen el reintegro de lo apropiado por parte del procesado.

2. La apelación.

La defensa presentó recurso de apelación, solamente en lo atinente a la negativa de la rebaja del artículo 269 del Código Penal, con la finalidad de que se modifique la pena concediendo la máxima establecida de las tres cuartas partes.

Expuso que el Juez para cimentar su decisión alegó como uno de sus fundamentos la sentencia radicada 39831. Sin embargo, aceptó que este pronunciamiento hacía referencia al artículo 401 y no al 269, cuya aplicación se discute, y aunque dichas normas establecen un beneficio por reintegro, se diferencian por el bien jurídico y por los requisitos de aplicación. Pueden encontrarse decisiones que se refieren al artículo 269 y que avalan su aplicación cuando, como en este caso, se realiza sólo una indemnización integral porque se hace imposible el reintegro en tanto el autor del delito ha sido capturado con el objeto del delito, por lo que no es posible la exigencia de restitución voluntaria, aludiendo a la sentencia radicada *15613 del 13 de febrero de 2013*, en la que la Corte consideró que se debe aplicar la atenuante cuando por la forma de realización del delito y la intervención de la autoridad no es posible el reintegro, siempre y cuando se indemnice a la víctima.

Adujo que en esa decisión, la Corte reconoció la aplicación de la atenuante cuando no siendo razonable exigir el reintegro, como cuando la recuperación del bien se debe al actuar de las autoridades, solo se indemniza a satisfacción de la víctima. En este caso la Policía recuperó el vehículo y el acusado pagó la indemnización, providencia que dijo acogió este Tribunal en el proceso radicado 050016000000201801565¹.

Argumentó que adicionalmente el Juez dio viabilidad al preacuerdo no obstante la exigencia del artículo 349, "*seguro porque dada la forma de la captura entendió que resultada*

¹ Sentencia del 5 de junio de 2019.

irrazonable exigir un reintegro”; excluir del reconocimiento de la atenuante en los casos donde no se puede reintegrar porque el objeto del delito es recuperado perjudica a las víctimas, pues desestimula la indemnización en tanto ningún beneficio punitivo se deriva de esto para el responsable.

Finalmente, solicitó que en el evento de que se aplique la atenuante, se reduzca la pena en las $\frac{3}{4}$ partes, teniendo en cuenta las condiciones del caso. Para la Corte el descuento debe ser establecido de manera discrecional, en atención al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición, de velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas, relacionándose la sentencia del 7 de noviembre de 2018, Rad. 51100, teniendo en cuenta que en este caso: (i) el Juez comprobó en la audiencia de presentación del acuerdo que el Señor **Montoya Marín** pagó \$ 14.000.000 como indemnización, lo que resulta un valor importante y, (ii) la negociación se presentó antes de perfeccionarse la acusación, con lo que se logró ahorrar esfuerzos institucionales de persecución penal y se terminó pronto el conflicto.

CONSIDERACIONES

La impugnación propugna únicamente por el otorgamiento de la rebaja de pena de que trata el artículo 269 del Código Penal, que en esencia fue negada por el Juez de primera instancia por la falta de intención que puede concluirse del señor **Montoya Marín**, de reducir los efectos del daño que

causó con la comisión delictiva, pues la recuperación del vehículo hurtado se realizó por parte de los miembros de la Policía Nacional, lo que desdice del ánimo de resarcimiento que conlleva la norma.

La pena fijada 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 4, del Código Penal, cuyo cuarto mínimo es, aplicada la complicidad, de 42 a 69 meses, imponiéndose 51 meses. Este término se aumentó en un 20 % por el delito concursante (uso de documento público falso), quedando una pena definitiva de *"61,2 meses, correspondientes a 61 meses y 6 días"*.

En lo relativo al descuento que se discute, recordemos que el artículo 269 del Código Penal, 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 la norma, como requisito concurrente además del reintegro, que se advierte no ocurrió por la recuperación del vehículo hurtado, también es necesaria la indemnización, última con la que no existe discrepancia, puesto que se constató que la víctima recibió \$ 14.000.000, como valor del carro hurtado, respecto del que se dijo en la audiencia *"e/*

*vehículo será devuelto al señor **Daniel Adrián** y el incremento patrimonial, es decir lo que constituyó el valor de ese vehículo, es lo que le va a reembolsar a la señora Lina María Arboleda”.*

En nuestro caso, el problema jurídico reside en si es procedente el reconocimiento de la rebaja de pena cuando agentes de policía hubiesen recuperado el objeto material, y esta Sala ha dado una respuesta afirmativa a este cuestionamiento en eventos similares.

Respecto al artículo 374 del anterior Código Penal es clásica la siguiente sentencia del 21 de noviembre de 1988 (radicado 2643)²:

Significa lo anterior, que cuando la llamada restitución “natural” es posible, es ésta, la que debe hacerse, devolviéndole a la víctima el mismo bien objeto material del delito. Mas cuando ella no resulta posible, por haber desaparecido o haberse destruido el objeto material, o no estar el responsable en condiciones de recuperarlo, entonces debe acudirse a la denominada restitución por “equivalencia”, que se concreta en el pago de una suma de dinero para obtener la compensación del valor del objeto.

Pero a más de esta restitución natural o por equivalencia, que era suficiente, como ya se anotó dentro de las previsiones del Código Penal de 1936, para obtener la rebaja de pena el actual estatuto exige que también se indemnicen todos los perjuicios causados a la víctima. No basta, pues, la restitución (natural o por equivalencia):

² Magistrado Ponente Guillermo Duque Ruiz.

hay que pagar, además, todos los perjuicios causados con el delito a pesar de ésta.

Mas cuando la devolución no es procedente, bien porque como en las tentativas, el ladrón no logró apoderarse de la cosa, o cuando aun habiéndolo logrado, ésta es recuperada poco después por la propia víctima, o por las autoridades o terceros que se la regresan, no puede exigírsele al responsable, por imposible, la restitución "natural", ni por injusta implicaría un enriquecimiento sin causa por parte del perjudicado) la restitución "por equivalencia". En estos casos, el responsable se hace acreedor a la diminuyente punitiva, con el sólo hecho de indemnizar los perjuicios de orden material y moral causados con su ilícita conducta.

El precedente fue reiterado en la sentencia del 23 de noviembre de 1998 (exp.9657) de la siguiente manera:

Es de condición alternativa supletoria. Esto significa que cuando la restitución del objeto material es posible, es ésta la que debe hacerse por el procesado, y que solo cuando sea irrealizable, porque el objeto material ha desaparecido, o ha sido destruido, o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, puede acudir a la restitución por equivalencia, que se concreta, según lo establece la norma, en el pago del valor del objeto. En ambos casos (restitución natural o por equivalencia), el responsable de indemniza al ofendido los perjuicios causados.

"Es de precisarse que si el objeto material fue recuperado, o no alcanzó a ser objeto de apoderamientos como acontece en las tentativas, la reducción se obtiene si el responsable indemniza los perjuicios causados con el hecho punible, de

acuerdo con la estimación que de ellos haga bajo juramento el perjudicado o la que pericialmente se realice (art. 295 C.P.P.).

Esta postura continuó en vigencia de la Ley 599 de 2000, en la que destacamos las sentencias del 13 de febrero de 2003 (radicado 15613), reproducida posteriormente, por ejemplo, en los fallos del 9 de abril de 2008 (radicado 28161) y octubre 7 de 2015 (SP11895-2015/44618):

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 estas condiciones, esta es la directriz que debe orientarnos para la aplicación del artículo 269 del Código Penal y, por consiguiente, se admitirá la pretensión de modificación de la sentencia apelada, puesto que la jurisprudencia utilizada por el Juez (SP14496 del 27 de septiembre de 2017, radicado 39831) no tiene relación con estos eventos, pues incluso reconoció que tiene que ver con el artículo 401 del Código Penal, que recordemos se refiere a las circunstancias de atenuación punitiva en delitos de peculado.

A continuación, corresponde definir el monto de la rebaja entre los extremos de oscilación: *“de la mitad a las tres*

cuartas partes”, y respecto de lo cual la defensora pretende obviamente la concesión del mayor reconocimiento, por la suma considerable que le fue entregada a la víctima (\$ 14.000.000) y que la negociación se presentó antes de perfeccionarse la acusación, con lo que se logró ahorrar esfuerzos a la administración de justicia, pero la Sala concederá el 60 % de la rebaja de la pena imponible.

En otras oportunidades hemos expuesto las diferentes variables que pueden analizarse para determinar el porcentaje en que debe decrecer la sanción y si bien la reparación ocurrió previo a la sentencia, criterio ineludible según precedentes³, el argumento de mayor relevancia para no conceder el máximo de la rebaja de las tres cuartas partes lo encontramos en que por haber sido recuperado el automotor, la actividad reparadora en su mayoría correspondió a la Policía y la tarea indemnizatoria que procuró atender el sentenciado realmente no fue de la magnitud que parece o se intenta hacer ver, pues en todo caso, si bien fue a partir de una transacción como lo especificó el Juez en la audiencia, la víctima solamente reclamó el valor real que le pagó inicialmente al acusado por el carro, con quien realizó un contrato de permuta según los elementos aportados (denuncia⁴). No se desconoce el derecho, pero carecería de razonabilidad y proporcionalidad la concesión del máximo tope de descuento.

³ Por ejemplo, en: CSDJ.SP. Sentencia del 7 de noviembre de 2018 (SP 4776-2018-RAD. 51100): “...el momento de la actuación procesal en que se materializa la reparación, es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, la voluntad del acusado en resarcir el daño causado a las víctimas y así lo viene ratificando la Sala de manera consistente”.

⁴ De Lina María Arboleda Arboleda.

En ese sentido, también debemos precisar que pese a este análisis, tampoco consideramos que era viable partir del descuento mínimo de la mitad de la pena, puesto que en todo caso la víctima, estando presente en las audiencias, indicó que *"es que en realidad es solo esa pérdida que tuvimos, ningún otro hecho señor Juez"*⁵, refiriéndose al reintegro de lo hurtado, y en la diligencia posterior, antes de la verificación del acuerdo, el Juez la cuestionó respecto de un documento que se aportó *"acerca de que usted se encuentra plenamente indemnizada por esta situación, ¿es así?"*, respondiendo *"sí señor yo misma lo hice... un acto juramentado donde dice que fui reparada satisfactoriamente de todo el daño que me ocasionó el señor Oscar Adrián (sic)"*, lo que nos permite considerar que se entiende en todo caso como indemnizada por parte del acusado.

Por tratarse de un fenómeno post delictual la disminución debe recaer sobre la pena individualizada y no en los extremos punitivos de la conducta contra el patrimonio económico. Por tanto, la sanción fijada por el Juez de cincuenta y un (51) meses de prisión decrecerá en un 60 % por el reconocimiento del derecho previsto en el artículo 269 del Código Penal y, el subtotal de los veinte (20) meses y doce (12) días, se aumentará pero también proporcionalmente a lo tenido en cuenta por la primera instancia, en un ocho por ciento (8 %) por el concurso delictual, para un total de 22,032 meses de prisión, que equivale a veintidós (22) meses, e igual duración tendrá la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

⁵ Registro 30:08.

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:

Confirmar la sentencia apelada, con la modificación de que las penas de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas se fijan en veintidós (22) meses. En lo demás rige el fallo de primera instancia. Esta decisión se notificará de manera virtual 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.