



## SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00206-2014-32423  
Procesados: Yeison Andrés Urán Ocampo  
Johnny Alexander Varela Estrada  
Delitos: Hurto calificado agravado  
Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas  
de fuego, accesorios, partes o municiones  
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 100

Medellín, Veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

### 1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el defensor de los procesados *Yeison Andrés Urán Ocampo* y *Johnny Alexander Varela Estrada*, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, el 18 de noviembre de 2015, que los condenó anticipadamente como autores de los delitos de Hurto calificado agravado y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

### 2. EL HECHO

El 6 de julio de 2014, a eso de las 2:50 a.m., los señores *Yeison Andrés Urán Ocampo* y *Johnny Alexander Varela Estrada*, junto con un menor de edad, arribaron a la Estación de Servicios “La Montaña”, ubicada en la carrera 42 No. 72 81 del Municipio de Itagüí, y mediante la utilización de un arma de fuego, intimidaron al vigilante y a dos trabajadores del lugar, despojando al primero de su arma de dotación,

Radicado:	05001-60-00206-2014-32423
Procesados:	Yeison Andrés Urán Ocampo Johnny Alexander Varela Estrada
Delitos:	Hurto calificado agravado Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

mientras que a los segundos les sustrajeron \$332.000 en efectivo. Luego de esto, los asaltantes abordaron un taxi que los esperaba, pero justo en ese momento pasó una patrulla de policía por el lugar y atendiendo a las voces de auxilio de las víctimas, persiguieron el vehículo logrando capturar a los asaltantes a pocos metros de allí. Fueron recuperados los elementos hurtados, esto es, el arma de fuego del vigilante y el dinero de los trabajadores de la estación de servicios, así como la incautación del arma de fuego que fue utilizada para llevar a cabo el delito.

### 3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La defensa radica el motivo de su inconformidad con la sentencia de primera instancia en la no concesión del beneficio de la rebaja de la pena estipulada en el artículo 269 del Código Penal, el cual estima que es procedente en este evento por haberse aportado un escrito expedido el 27 de enero de 2015 en el cual el representante legal de la Estación de Servicio La Montaña, quien aduce fue la víctima en este caso, manifestaba que el dinero y el objeto hurtado fue recuperado por la Policía Nacional y dejaba constancia de la indemnización. Indica que esta situación no fue avalada por la fiscalía y el juez de primera instancia, por lo que se allegó otro memorial en el que se deja constancia que las personas que figuran como víctimas se encontraban indemnizadas.

Señala que en la audiencia realizada el 11 de marzo de 2015 la fiscalía afirmó que las víctimas fueron enteradas acerca del preacuerdo y manifestaron no tener inconvenientes en su realización; además, en el acta de incautación consta que el dinero y el arma de fuego fueron devueltos a las víctimas, así como se indicó que no hubo un incremento patrimonial porque los asaltantes fueron capturados con los objetos y el dinero, y hay un recibo de devolución de dichos elementos.

Radicado: 05001-60-00206-2014-32423  
Procesados: Yeison Andrés Urán Ocampo  
Johnny Alexander Varela Estrada  
Delitos: Hurto calificado agravado  
Fabricación, tráfico, porte o  
tenencia de armas de fuego,  
accesorios, partes o municiones

Considera que sus defendidos son merecedores del beneficio contemplado en el artículo 269 del Código Penal y ante la falta de una sola de las víctimas de declararse indemnizada que, por demás, es indirecta, no es razón suficiente para negar la rebaja. Para sustentar lo anterior cita las sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 24 de julio de 2013, radicado 39.201, y del 26 de junio de 2013, radicado 40.234, referidas al fenómeno post delictual de la rebaja de pena por indemnización de perjuicios.

Solicita que, una vez se reconozca la procedencia de la rebaja pretendida, se proceda a redosificar la pena teniendo en cuenta que el delito más grave fijado por el juez fue el hurto, al que debe efectuarse la rebaja por reparación, y aumentarse hasta en otro tanto por el delito contra la seguridad pública, conforme a lo establecido en el artículo 31 del Código Penal y lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 2 de noviembre de 2011, radicado 35.361.

#### 4. EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER Y LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR

Le corresponde a la Sala definir si procede reconocer el descuento punitivo estipulado en el artículo 269 del Código Penal, y en caso de ser así, proceder a la redosificación de la pena impuesta.

Por causa de las limitaciones que impone la justicia rogada y porque no se percibe que los deberes officiosos impongan ingresar en otros temas, solo reseñamos de la sentencia de primer grado que se integra a ésta, lo allí consignado para sustentar la decisión que es cuestionada con la apelación.

Atendiendo a que los imputados acordaron con la fiscalía la supresión de la circunstancia de agravación que fue imputada para el delito contra la seguridad pública, allanándose a los cargos por las conductas punibles de Hurto

Radicado:	05001-60-00206-2014-32423
Procesados:	Yeison Andrés Urán Ocampo Johnny Alexander Varela Estrada
Delitos:	Hurto calificado agravado Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

calificado agravado y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, el juez de conocimiento los condenó a descontar la pena de 160 meses de prisión para *Johnny Alexander Varela Estrada* y 156 meses de prisión para *Yeison Andrés Urán Ocampo*.

El juez, para fijar la pena de *Johnny Alexander Varela Estrada*, partió del cuarto mínimo de movilidad punitiva para el delito de Hurto calificado agravado que consideró como más grave, el cual estimó entre 144 a 336 meses de prisión y dentro de este ámbito impuso la pena mínima de 150 meses, teniendo en cuenta que el procesado mencionado presenta dos sentencias condenatorias ejecutoriadas por portar armas de fuego, por hecho acaecidos el 15 de septiembre de 2009 y el 5 de septiembre de 2008, aunque no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad; a la pena así fijada le incrementó 10 meses por el delito contra la seguridad pública, quedando una pena de 160 meses de prisión. Por su lado, para tasar la pena de *Yeison Andrés Urán Ocampo* también partió del cuarto mínimo del punible contra el patrimonio económico indicando que se fijaría en 146 meses de prisión porque si bien no obran antecedentes penales en su contra y no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad, ante la zozobra de la sociedad, se reclama una sanción que cumpla con las funciones de retribución justa y prevención especial; a la pena así fijada le incrementó 10 meses más en razón del concurso con el delito de porte de arma de fuego, quedando una pena definitiva de 156 meses de prisión.

Advirtió el fallador que no había lugar a la rebaja de que trata el artículo 269 del Código Penal por cuanto solo obraba constancia de que fueron indemnizadas las víctimas *John Erney Rodas Gutiérrez* y *Carlos Andrés Tamayo Cardona*, mas no así de *Nelson Borja Córdoba* a quien le fue hurtado un revólver, que aunque se recuperó, no se evidencia que haya sido indemnizado integralmente por los perjuicios causados.

Radicado: 05001-60-00206-2014-32423  
Procesados: Yeison Andrés Urán Ocampo  
Johnny Alexander Varela Estrada  
Delitos: Hurto calificado agravado  
Fabricación, tráfico, porte o  
tenencia de armas de fuego,  
accesorios, partes o municiones

El juez de conocimiento, no concedió la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria al considerar que no se reunían los requisitos objetivos de los artículos 63 y 38 del Código Penal, respectivamente.

## 5. LAS CONSIDERACIONES

Como la Sala no observa motivo de nulidad de la actuación procesal ingresará únicamente en el examen de los aspectos impugnados, sobre los cuales, valga decir, le asiste interés jurídico para recurrir a la defensa por cuanto no media retractación de los cargos aceptados. Inicialmente, la censura consiste en que en el caso sí procede la rebaja de pena que contempla el artículo 269 del Código Penal, con base en el escrito que obra a folio 118, en el cual dos de las víctimas textualmente expresan:

Nosotros los abajo firmantes: Jhon Erney Rodas Rodríguez identificado con cédula 98.670.460 de Envigado y Carlos Andrés Tamayo Cardona identificado con cédula 71.313.608 de Medellín, víctimas de la empresa afectada por los hechos ocurridos el 6 de julio de 2014 donde están involucrados los señores Jhony Varela Estrada y Yeison Urán Ocampo por el delito de hurto.

Manifestamos que nos sentimos indemnizados en perjuicios económicos y morales por esa conducta y no estamos interesados en incidente de reparación.

Para el juez lo anterior no constituye una indemnización integral de perjuicios, por cuanto no consta que se haya indemnizado al señor *Nelson Borja Córdoba*, a quien le fue hurtada un arma de fuego, aunque dicho elemento hubiere sido recuperado. Esta afirmación en cierta forma, es aceptada por el mismo defensor de los procesados cuando en su escrito de apelación sostiene que la falta de indemnización a una sola de las víctimas que por demás es indirecta, no es suficiente para negar tan importante beneficio punitivo los condenados.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 269 del Código Penal, “el juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad

Radicado:	05001-60-00206-2014-32423
Procesados:	Yeison Andrés Urán Ocampo Johnny Alexander Varela Estrada
Delitos:	Hurto calificado agravado Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

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”.

De esta forma, para que proceda la rebaja de pena por indemnización integral de perjuicios es necesario que además de la restitución del objeto material o el pago del valor del mismo cuando no opera la sustracción de materia por haberse recuperado, se presente la indemnización de los daños ocasionados, que comprende el pago de perjuicios materiales o patrimoniales e inmateriales o extrapatrimoniales.

Respecto a la concurrencia de estos dos presupuestos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 19 de junio de 2013, radicado 39.719, M. P. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández, dijo lo siguiente:

“En efecto, como atinadamente lo sostuvo el señor Fiscal en la audiencia de alegaciones orales, la reparación integral demanda probar suficientemente, porque así expresamente lo consagra el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que “el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

Cuando menos, entonces, esos elementos de juicio aportados deben cubrir tan básicas exigencias, esto es, permitir desentrañar que no solo se restituyó el objeto material del delito —cuando pudo haberse desplazado su tenencia o se trató de un bien fungible el entregado u obtenido por ocasión del ilícito—, sino que se indemnizaron los perjuicios de todo orden anejos al delito.

Y ello no es asunto menor o deleznable, pues, en juego están no solo las legítimas expectativas de la víctima que, ya se sabe, deben ser garantizadas por la justicia en un plano material y no apenas formal, sino el beneficio —o derecho, como prefiere llamarlo la Procuradora—, que con largueza instituye el artículo 269 tantas veces citado, cuya filosofía estriba precisamente en que se minimice el efecto de la ilicitud, con el consecuente espíritu contrito que faculta acceder a una sustancial rebaja punitiva”.

Radicado: 05001-60-00206-2014-32423  
Procesados: Yeison Andrés Urán Ocampo  
Johnny Alexander Varela Estrada  
Delitos: Hurto calificado agravado  
Fabricación, tráfico, porte o  
tenencia de armas de fuego,  
accesorios, partes o municiones

Ahora bien, si son varias las víctimas de la conducta punible, la indemnización debe cobijar a todas ellas, pues de lo contrario, esto es, si solo se hace con una o algunas, no puede entenderse que exista una reparación integral y por ende, no hay lugar a la rebaja punitiva de que trata el artículo 269 del Código Penal. No sobra aclarar que el concepto de víctima que impera en el procedimiento penal colombiano es amplio y solo depende de que el delito le haya causado perjuicio, por lo que no tiene ninguna trascendencia que al afectado no indemnizado se le considere solo indirectamente como lesionado, lo cual no es rigurosamente cierto pues debió soportar las amenazas violentas para ser despojado del revolver que portaba.

Sobre que la reparación debe cobijar a todos los afectados, al analizar un caso similar en el que se indemnizó a una persona jurídica; pero no así a los trabajadores de la misma que resultaron vulnerados en su patrimonio con el delito cometido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de octubre de 2013, radicado 39.462, M. P. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández, resolvió lo siguiente:

“El hecho de que haya acreditado un cruce de cuentas con relación a los dineros denunciados por la Corporación Club Campestre de Cali, lejos está de permitir afirmar que reparó completa e integralmente a los restantes ofendidos con su proceder delictivo, esto es, a los cerca de 200 trabajadores temporales que resultaron afectados con su ilícito comportamiento.

El mencionado cruce de cuentas, como bien lo determinó el fallador A quo, apenas permite determinar que los daños patrimoniales causados a esa entidad, no fueron de la magnitud con que quisieron hacerse ver en la demanda de parte civil. Por ésta razón fue que al pronunciarse sobre dicha pretensión, la desestimó, eximiendo al inculpatado de cancelar suma alguna por ese concepto a favor de la Corporación.

Pero, respecto de las restantes víctimas no aparece constancia alguna de que hubiesen sido reparadas integralmente por el acusado, lo cual ni siquiera es mencionado por el defensor en su escrito casacional, en la medida en que fundamenta su petición única y exclusivamente en el cruce de cuentas con la Corporación Club

Radicado: 05001-60-00206-2014-32423  
Procesados: Yeison Andrés Urán Ocampo  
Johnny Alexander Varela Estrada  
Delitos: Hurto calificado agravado  
Fabricación, tráfico, porte o  
tenencia de armas de fuego,  
accesorios, partes o municiones

Campestre de Cali, como si ésta hubiese sido la única afectada con el delito.

En suma, sólo en la medida en que los aproximadamente 200 trabajadores temporales a quienes se les descontó el dinero apropiado por el procesado GUTIÉRREZ QUINTERO, declaren haber sido indemnizados integralmente, procedería la rebaja de pena contemplada en el artículo 269 del Código Penal”.

Al observar el informe ejecutivo -FPJ3- del 6 de julio de 2014 rendido por el funcionario de policía judicial *James Yussef Herfaoui Toledo*, se encuentra que en la denuncia penal presentada por el señor *Nelson Borja Córdoba*, al referirse a la estimación de daños y perjuicios ocasionados con el delito, se señaló:

“MANIFIESTE A ESTE DESPACHO EN CUANTO ESTIMA LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR ESTE HURTO// EN EL MOMENTO NO TENGO CLARO CUÁNTO FUERON LOS DAÑOS Y PERJUICIOS YA QUE GASTE EN PASAJES TIEMPO Y DAÑOS PSICOLÓGICOS, QUE CON MÁS TIEMPO SERÁN EVALUADOS”.

Así las cosas, no es posible dejar de lado, como lo sugiere la defensa, la indemnización que esta víctima reclama y por el contrario, ante la ausencia de reparación, resulta forzoso concluir que realmente no existió una indemnización integral.

Entonces, la Sala no percibe razones de justicia para conceder la rebaja de pena por indemnización de perjuicios, pues se considera que la misma no fue integral y por consiguiente, no puede entenderse que se cumpla las exigencias del artículo 269 del Código Penal, por lo que será del caso confirmar la sentencia recurrida por este aspecto.

Ahora, al margen de lo anterior, de manera oficiosa procede la Sala a redosificar la pena impuesta al sentenciado *Estrada Varela*, por cuanto desde el punto de vista legal y jurisprudencial no es admisible, como lo entendió el a-quo, que puedan considerarse los antecedentes penales como soporte para aumentar la pena.

Radicado: 05001-60-00206-2014-32423  
Procesados: Yeison Andrés Urán Ocampo  
Johnny Alexander Varela Estrada  
Delitos: Hurto calificado agravado  
Fabricación, tráfico, porte o  
tenencia de armas de fuego,  
accesorios, partes o municiones

Debe precisarse que el artículo 55, numeral 1 del Código Penal consideró la carencia de antecedentes penales como circunstancia de menor punibilidad, pero su existencia no fue prevista en el artículo 58 *ejusdem* como de mayor punibilidad.

Así mismo, el inciso tercero del artículo 61 del mismo ordenamiento penal, que consagra los fundamentos de individualización de la pena para utilizar una vez se ha determinado el cuarto de movilidad punitiva, no prevé la existencia de antecedentes penales del procesado como criterio para aumentarla. En efecto, apenas se refiere de manera expresa a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real potencialmente creado, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa, la necesidad de la pena y la función que ella debe cumplir.

Así las cosas, los antecedentes penales por si solos no permiten un aumento de pena, cuando desde el punto de vista legal no se ha previsto y considerarlos sin vincularlo a los fundamentos señalados en la ley, sería aplicar un rasgo de las concepciones de derecho penal de autor, proscrito en nuestra legislación penal.

Por lo demás, así lo tiene entendido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia 41350 del 30 de abril de 2014, con ponencia del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, cuando haciendo referencia a decisión del 2008, dijo lo siguiente:

*“Y, en la sentencia CSJ SP, 20 feb. 2008, rad. 21731, la Corte también casó el fallo del ad quem luego de hallar «en los criterios de determinación de la pena por parte del ad quem [...] la vulneración del principio de prohibición de exceso», por cuanto «se valió de criterios ajenos al principio de culpabilidad al momento de individualizar la sanción, como tener en cuenta los antecedentes penales del procesado»” (subrayas propias).*

Así las cosas, en el caso sometido a estudio, encuentra la Sala que el

Radicado:	05001-60-00206-2014-32423
Procesados:	Yeison Andrés Urán Ocampo Johnny Alexander Varela Estrada
Delitos:	Hurto calificado agravado Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

juez de primer grado aumentó la pena a *Varela Estrada* en 4 meses en virtud de la existencia de antecedentes penales; lo cual se colige por cuanto por la zozobra generada a la sociedad, el peligro potencial a la integridad de la víctima y el dolo no atenuado, incrementó para el otro coprocesado, *Uran Ocampo* una pena de 2 meses sobre el mínimo previsto para el delito de hurto agravado. Y dado que el delito fue el mismo el incremento mayor al procesado inicialmente mencionado se debió exclusivamente a la reincidencia en el porte del arma.

Desde luego que las circunstancias señaladas obligan a readecuar la pena asignada a *Varela Estrada*, quien también deberá descontar un total de 146 meses por el hurto calificado y agravado, el cual se incrementa en 10 meses por el porte ilegal de arma de fuego, para un total de 156 meses de prisión. A igual cantidad se disminuye la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Por último, al no encontrar constancia de la suerte del automotor utilizado como instrumento para la comisión del hurto, se conminará a la fiscalía para que, de no haberlo hecho, promueva la definición de la suerte de dicho vehículo, incluso acudiendo, de ser del caso, a la acción de extinción de dominio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

Primero: Confirmar la sentencia recurrida obra del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo: Modificar la pena que debe descontar Jhony Alexander

Radicado: 05001-60-00206-2014-32423  
Procesados: Yeison Andrés Urán Ocampo  
Johnny Alexander Varela Estrada  
Delitos: Hurto calificado agravado  
Fabricación, tráfico, porte o  
tenencia de armas de fuego,  
accesorios, partes o municiones

Varela Estrada, a quien se le impondrá en definitiva una pena de 156 meses de prisión y accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas en la misma cantidad, conforme a lo previsto en la parte motiva.

Tercero: Se conmina a la Fiscalía para que, de no haberlo hecho, promueva la definición de la suerte del vehículo utilizado como instrumento en la comisión del delito, incluso acudiendo, de ser del caso, a la acción de extinción de dominio.

Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO  
MAGISTRADO