



## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, martes, cinco de junio de dos mil dieciocho

Aprobado mediante acta número 0050 del veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho

**Magistrado Ponente**  
**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por la defensa, conoce en segunda instancia esta Corporación el fallo proferido el 21 de septiembre de 2017 por la Juez Treinta y Seis Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, mediante el cual condenó al acusado YHON JOLBER VARGAS PARRA a la pena principal de 144 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso, por hallarlo responsable de la coautoría del delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO, y le negó los subrogados penales.

## **1. ANTECEDENTES**

A las 2:20 de la tarde del día 13 de junio de 2016, DANIEL FELIPE BETANCUR MARTINEZ, quien conducía la motocicleta de placas QOB44D, llevando como pasajera a la señora PAOLA ANDREA BETANCUR, fue despojado de dicho aparato por dos individuos que se desplazaban en la motocicleta de placas ALO58B, quienes lo amenazaron con un arma de fuego. Inmediatamente BETANCUR MARTÍNEZ dio aviso a las autoridades policiales y activó el GPS que tenía instalado el velocípedo, gracias al cual fue recuperado el automotor y capturado YHON JOLBER VARGAS PARRA, uno de los asaltantes, quien fue reconocido como tal por la víctima.

El capturado fue presentado al día siguiente ante el Juez Sexto Penal Municipal con funciones de control de garantías, quien verificó la legalidad del procedimiento de captura en flagrancia y le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio, previa formulación de imputación por parte del Fiscal 246 Seccional por la coautoría del delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO, cargo que no fue aceptado por el imputado.

La audiencia de acusación se celebró el 23 de noviembre de 2016; la preparatoria el 25 de abril de 2017 y el juicio oral en una sola sesión el 18 de julio de esa misma anualidad, anunciando el Juez de conocimiento el sentido del fallo de condena. Finalmente se profirió el fallo de primera instancia el 21 de septiembre pasado.

## **2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El A-quo sostiene que con los testimonios que presentó la Fiscalía en el juicio oral se llega a la certeza de que el acusado es la persona que conducía la motocicleta en la que se desplazaban los asaltantes, pues fue plenamente reconocido por las víctimas, y, además, fue hallado por las unidades policiales que lo capturaron conduciendo el velocípedo y vistiendo las mismas prendas descritas por los ocupantes del automotor hurtado. Es coautor porque actuó con otro individuo que no fue capturado y cuya identidad se desconoce, con clara división del trabajo delictuoso. Desestimó la situación de marginalidad y pobreza alegada por la defensa porque no se aportó ningún medio de convicción que la acreditara.

## **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

El defensor solicita la remoción del fallo condenatorio para darle paso a la absolución del acusado. Subsidiariamente se le reconozca la calidad de cómplice y no de coautor de la tentativa de hurto calificado agravado, y, además, se le reconozca la disminución punitiva del artículo 269 del código penal porque indemnizó los perjuicios. Estos son sus argumentos:

Después de que le fue notificado el fallo, supo que su prohijado había consignado el valor de la indemnización de perjuicios desde antes de proferirse la decisión, pero el sentenciador no tuvo en cuenta este hecho, por lo que debe la

segunda instancia corregir el yerro en punto de la no aplicación de la atemperante establecida en el artículo 269 del código penal.

No se demostró la coautoría del hurto, pues el acusado era quien conducía la motocicleta en la que se desplazaba el autor del delito (el parrillero). Su defendido no se apoderó del bien objeto de hurto ni se bajó de la motocicleta a apoyar a quien lo hizo, es decir, observó una conducta pasiva. A lo sumo su participación aplicaría a título de cómplice y no de coautor. De todas maneras, estima el censor que la prueba de cargo es muy débil y lo que genera es una duda que debe resolverse a favor del acusado. Tampoco se demostró que éste llevara un arma de fuego como razona la sentencia de primer grado pues cuando fue capturado por la Policía no llevaba consigo ningún instrumento similar. Insiste en que el acusado lo único que hizo fue llevar en la motocicleta al autor del hurto y esto no constituye delito alguno.

Añadió que la sentenciadora no examinó lo favorable al procesado como la complicidad o la situación de marginalidad y menos entró a examinar el dolo. De otro lado estima que la pena no es proporcional al hecho y el a-quo no hizo ponderación alguna acerca de la gravedad del hecho y otros factores que inciden en la dosificación punitiva.

#### **4. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el fallo proferido en este proceso por

la Juez 36 Penal Municipal de Medellín, adscrita a este Distrito Judicial. Sin embargo, la Sala se abstendrá de entrar a resolver el recurso interpuesto por la defensa porque advierte una irregularidad de orden sustancial que afecta el debido proceso y el derecho de defensa que impone declarar la nulidad de la sentencia, como quiera que el Juez de primera instancia omitió pronunciarse sobre la indemnización integral de perjuicios que se cumplió en el proceso y que se desconoció en el fallo de primer nivel. Veamos:

En la audiencia de acusación (véase el acta a folio 28) el defensor anunció que la familia del acusado se hallaba consignando el valor de la indemnización integral pues desde el 27 de septiembre de 2016 la judicatura autorizó el pago. Posteriormente, el 8 de noviembre de ese mismo año, se instaló nuevamente la audiencia de acusación, que había sido suspendida (acta a folio 35) y la defensa anuncia que se estaba gestionando el pago de los perjuicios. Efectivamente, a folio 37 aparece el recibo de la consignación por pago de perjuicios por un valor de \$450.000 realizada ese mismo día.

El 23 de noviembre de esa anualidad se realizó finalmente la audiencia de acusación sin que se mencionara el pago de la indemnización integral. El 25 de abril de 2017, luego de 3 aplazamientos, se celebró la audiencia preparatoria en la cual el nuevo defensor anunció que se pagarían los perjuicios (no reparó en que estos ya habían sido cancelados). El juicio oral se llevó a cabo el 18 de julio último sin que se hiciera mención a la indemnización. El 25 de agosto se anunció el sentido del fallo de condena y se corrió traslado a las partes para los alegatos del

artículo 447 del código procesal penal acusatorio. La Fiscalía solicitó no conceder la rebaja consagrada en el artículo 269 del código penal porque no se indemnizó a la víctima. El nuevo defensor por su parte no hizo alusión al pago de los perjuicios.

Solo en el libelo contentivo de la sustentación del recurso vertical argumentó que por haber asumido tarde la defensa, no se percató del pago de la indemnización integral y por eso no hizo pronunciamiento alguno y que fue el mismo Juez quien le hizo llegar copia del recibo de pago, por lo que reclama en esta instancia la aplicación de la atemperante en cuestión.

Ciertamente la indemnización integral de que trata el artículo 269 del texto penal se cumplió por parte del acusado desde antes de celebrarse la audiencia de acusación y el recibo correspondiente se entregó en el despacho judicial integrándose a la carpeta a folio 37, pero no se le dio curso ni se hizo mención a la misma en ninguna de las audiencias celebradas en la fase de juzgamiento. Por lo afirmado en el disenso, se infiere que el operador judicial de primer nivel se percató de su existencia después de proferido el fallo y le corrió traslado del mismo al defensor.

Habiendo sido autorizado el pago de la indemnización, según aparece constancia en el acta de folio 28 de la carpeta, y habiéndose materializado efectivamente ese pago, debió ser objeto de pronunciamiento por parte del sentenciador, pero como no lo hizo y omitió cualquier referencia al asunto, vulneró el debido proceso ya que de haber sido reconocida la

diminuyente, los efectos en la dosificación de la sanción hubieran sido relevantes.

Ahora bien, esa omisión impide a la Sala desatar la alzada, pues sin conocer los argumentos de la primera instancia acerca de ese extremo procesal no resulta procedente un pronunciamiento en esta sede de segunda instancia. Ya indicó en torno a este aspecto la Corte Suprema que de conformidad con el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, los jueces tienen la carga de referirse a todos los hechos y asuntos planteados por los sujetos procesales, pues de no hacerlo se desatiende el debido proceso y ello puede incidir negativamente en el derecho de defensa, pues si el juzgador no explica el motivo de su decisión, el procesado no puede cuestionarlo porque *"mal puede controvertirse lo inexistente"* (30576/11).

En esa medida, el vicio resulta trascendente porque la Sala no puede fungir como juez de primera instancia, entregando y adicionando razones sobre los diversos extremos de la decisión de primer nivel, suplantando la función que al respecto debe cumplir el funcionario de primera instancia, ante quien se desarrolló el enjuiciamiento del procesado. En consecuencia se declarará la nulidad del fallo proferido y que es motivo de apelación para que el A-quo proceda a pronunciarse sobre todos los aspectos puestos a su consideración, incluso el tema de la indemnización integral de perjuicios.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

## **RESUELVE**

**DECRETAR LA NULIDAD** del fallo de naturaleza y origen conocidos.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

## **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado

**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado