



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2020-00958
Procesado: Diego Andrés Montoya Hernández
Delito: Hurto calificado agravado
Asunto: Apelación de sentencia con allanamiento
(procedimiento abreviado)
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 073

Medellín, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la defensa en contra de la sentencia proferida el 18 de enero de 2022 por el Juzgado 2° Promiscuo Municipal de La Estrella, Antioquia, que condenó al señor *Diego Andrés Montoya Hernández* como coautor del delito de hurto calificado agravado, mediando aceptación de cargos.

2. LOS HECHOS

Fueron narrados en el escrito de acusación en los siguientes términos:

“El día 15 de enero de 2020 aproximadamente a las 00:20 horas, el señor JORGE ENRIQUE ARROYAVE MORENO se encontraba en su residencia ubicada en la carrera 83 Sur # 55 DD 04, barrio Villa Leticia, del Municipio de la Estrella, cuando un vecino le tocó la puerta y cuando él salió le preguntó si había prestado la moto, la cual se trata de una moto marca Susuki, línea XF 650, color naranja, de placas UZH-67A, de su propiedad, avaluada en NUEVE MILLONES DE PESOS (\$9.000.000), la cual tenía parqueada al frente de la casa, por lo que salieron en un taxi a buscar a los sujetos [eran dos]y en el trayecto reportó el hurto al 1-2-3, minutos

más tarde lo llamaron a informarle que la policía había recuperado la motocicleta y que habían capturado al sujeto que la iba conduciendo. El indiciado fue identificado como DIEGO ANDRÉS MONTOYA HERNÁNDEZ.”

3. LA ACTUACIÓN PROCESAL

El 16 de enero de 2020, ante el Juzgado 1° Promiscuo de La Estrella se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento y, siguiendo el trámite abreviado que le correspondía a la actuación, se corrió traslado del escrito de acusación en el cual se le atribuyó a *Diego Andrés Montoya Hernández* la comisión del delito de hurto calificado por recaer sobre un medio motorizado, agravado por haberse cometido por dos o más personas (artículos 239, 240 inciso 4°, y 241 numeral 10 del Código Penal), en calidad de coautor, sin que se dedujeran circunstancias de mayor punibilidad.

En vista de que con anterioridad a la instalación de la audiencia concentrada de que trata el artículo 542 del Código de Procedimiento Penal, se presentó acta de allanamiento a cargos, el día 4 de agosto de 2021 se llevó a cabo audiencia de verificación del allanamiento en la cual el acusado manifestó su voluntad de aceptar los cargos formulados, motivo por el cual, una vez verificada la validez del acto, se procedió a realizar la audiencia de individualización de la pena; y en ella la Fiscalía pidió que se tuviera en cuenta la existencia de una sentencia condenatoria en contra del procesado proferida en el año 2017 cuando se examinara la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, además de que la conducta atribuida se encuentra excluida del otorgamiento de subrogados acorde con el artículo 68A del Código Penal; la defensa por su lado, solicitó se partiera del cuarto mínimo de la pena por cuanto no fueron imputadas circunstancias de menor punibilidad.

El 24 de mayo de 2022 se realizó la audiencia de lectura de sentencia, la cual fue emitida por el Juez 2° Promiscuo Municipal de La Estrella en tanto aceptó el impedimento manifestado en su momento por su homólogo el Juez 1° Promiscuo Municipal.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En virtud de la aceptación de cargos realizada por el acusado, el Juez 2° Promiscuo Municipal de La Estrella, al estimar reunidos los mínimos probatorios, declaró que el señor *Diego Andrés Montoya Hernández* es coautor penalmente responsable de la comisión de la conducta punible de hurto calificado y agravado.

Para tasar la pena el juez indicó que se movería dentro de los cuartos medios porque en su sentir concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva. En cuanto a las primeras indicó que se reúne la del numeral 5° del artículo 55 del Código Penal puesto que con el allanamiento a cargos del procesado antes de la audiencia concentrada de la Ley 1826 de 2017, disminuye las consecuencias de sus actos evitando un desgaste jurisdiccional; frente a las segundas, hizo alusión a la existencia de una sentencia condenatoria en contra del acusado por el delito de hurto calificado agravado, que data del 22 de junio de 2017 y que fue proferida por el Juzgado 46° Penal Municipal de Medellín, con lo que se reúne el presupuesto exigido por el numeral 19 del artículo 58 ídem.

Por ende, procedió a fijar la pena dentro de los cuartos medios, que estimó entre 14,4375 a 22,3125 años de prisión, y en este rango estimó procedente imponer la pena mínima por cuanto no se desbordó el desvalor de la acción previsto en la norma, no se demostró que la intensidad del dolo excediera la necesaria para cometer el delito, ni es factible predicar un daño potencial por encima del previsto para configurar la antijuridicidad material. En

consecuencia, determinó que la pena sería de 174 meses de prisión, monto al cual le hizo la rebaja del 50% por el allanamiento a cargos para determinar una pena definitiva de 87 meses o 7 años y 3 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Por expresa prohibición legal de que trata el artículo 68A del Código Penal, determinó que el procesado no tiene derecho a los subrogados penales.

5. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La defensa presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, centrando su disenso en la dosificación punitiva efectuada en primera instancia.

Se queja por cuanto el juez se movió dentro de los cuartos medios de movilidad punitiva por concurrir circunstancias de menor y mayor punibilidad, esta última deducida por el fallador ante la existencia de una sentencia condenatoria en contra del procesado, aplicando la circunstancia de que trata el numeral 19 del artículo 58 del Código Penal, cuando lo cierto es que dicha norma comenzó a regir a partir de la publicación de la Ley 2197 del 25 de enero de 2022 que la introdujo, por lo que no se encontraba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, el 15 de enero de 2020. En consecuencia, arguye, le estaba vedado al juez fijar el ámbito de movilidad punitiva aplicando este precepto legal como si de un principio *in malam partem* se tratara.

De otro lado, alega que de ningún modo la Fiscalía atribuyó la circunstancia de mayor punibilidad en mención, por lo que no es posible que el juez la aplique pues debió ser explícitamente atribuida por la Fiscalía. Para sustentar lo anterior cita la sentencia del 4 de

mayo de 2011, radicado 32370, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En síntesis, solicita se revoque la decisión en el aspecto impugnado y se parta del cuarto mínimo de la pena concediendo la rebaja ofrecida del 50%.

6. CONSIDERACIONES

Como la Sala no observa motivo de nulidad de la actuación procesal ingresará únicamente en el examen del aspecto impugnado, reparo frente al cual la defensa cuenta con legitimidad en tanto se refiere a la fijación de la pena, específicamente para procurar su correcta dosificación dentro del primer cuarto de movilidad punitiva y no dentro de los cuartos medios, como lo hizo la primera instancia, en tanto no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad.

Desde vieja data la jurisprudencia penal ha determinado que las circunstancias de mayor punibilidad, ya sean específicas o genéricas, deben aparecer imputadas fáctica y jurídicamente en la acusación para que puedan ser valoradas al momento de la tasación de la pena; y el solo enunciado en la imputación o acusación del supuesto fáctico que las configura, no es suficiente para que puedan deducirse en la sentencia, pues se requiere una inequívoca imputación jurídica. Lo anterior en desarrollo del principio de congruencia que obliga a que exista armonía entre la acusación o su equivalente y la sentencia en los aspectos personal, fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico puesto que, si uno de ellos no guarda identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso. Además, se vulnera el derecho de defensa toda vez que el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le pueden desconocer aquellas condiciones favorables que incidan en la dosificación punitiva.

Sobre este específico tópico resulta relevante citar algunos apartes de la sentencia SP14206-2016 del 5 de octubre de 2016, Radicación 47209, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hizo las siguientes acotaciones:

“Pues bien, la Corte ha señalado pacífica e insistentemente desde la sentencia proferida por la Sala el 23 de septiembre de 2003, radicado 16.320, que las circunstancias de agravación punitiva, hoy llamadas de mayor punibilidad, específicas o genéricas, deben aparecer imputadas fáctica y jurídicamente en la acusación para ser atendidas en el fallo al momento de dosificar la pena correspondiente, como garantía del principio de congruencia.

En efecto, de acuerdo con la normatividad sustancial y procesal aplicable al caso, debe existir congruencia entre la acusación o su equivalente y la sentencia en los aspectos personal, fáctico —hechos y circunstancias— y jurídico, porque si uno de ellos no guarda identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho de defensa, en tanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le pueden desconocer aquellas condiciones favorables que redunden en la determinación de la pena.

Y aunque el Tribunal citó el precedente fundacional de la línea argumentativa expuesta, lo interpretó sin considerar que en él se enfatiza que no basta cualquier mención de un hecho susceptible de encajar en una situación de mayor punibilidad, pues se requiere que la imputación jurídica esté inequívocamente incluida en la acusación.

Al revisar la formulación de acusación realizada por la Fiscalía frente a cada postulado, la Corte constató que no incluyó ningún evento de mayor punibilidad, ni en la descripción fáctica, ni en la imputación jurídica ni contiene referencias específicas al tema. Aún más, el Tribunal reconoció esa situación cuando afirmó que *«la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad en ninguno de los delitos»*. Sin embargo, en contravía de esa evidencia dedujo oficiosamente, sin estar facultado para ello, circunstancias no atribuidas por la Fiscalía, con lo cual vulneró el debido proceso, el principio de congruencia y el derecho de defensa de los procesados.

La valoración del Tribunal de la forma como se concretaron los hechos no reemplaza la necesaria imputación que de las circunstancias de mayor punibilidad debió efectuar la Fiscalía, pues la mención de la coautoría de los delitos y la deducción de la primera instancia de que los hechos se cometieron abusando de la condición de inferioridad e indefensión de las víctimas no configura imputación

de ninguna especie de las condiciones establecidas en el artículo 58 del Código Penal o su equivalente en anteriores legislaciones.”

En el caso objeto de análisis, el juez de primer grado estimó pertinente moverse dentro de los cuartos medios para tasar la pena porque en su sentir concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, indicando que, frente a las primeras, se reúne la contenida en el numeral 5° del artículo 55 del Código Penal en tanto con el allanamiento a cargos el procesado habría disminuido las consecuencias de sus actos evitando un desgaste jurisdiccional; y con relación a las segundas, entendió que se configuraba la contenida en el numeral 19° del artículo 58 ídem, esto es, cuando el procesado, dentro de los 60 meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso, teniendo en cuenta la existencia de una sentencia condenatoria en contra del acusado por el delito de hurto calificado agravado que data del 22 de junio de 2017.

No obstante, al observar el escrito de acusación se evidencia que la Fiscalía le endilgó a Diego Andrés Montoya Hernández la comisión, en calidad de coautor, del delito de hurto calificado agravado, sin que se dedujeran circunstancias de mayor punibilidad y, si bien en la audiencia de individualización de la pena la Fiscalía pidió que se tuviera en cuenta la existencia de una sentencia condenatoria en contra del procesado proferida en el año 2017, lo hizo explícitamente para efectos de la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por tratarse de una condena dentro de los cinco años anteriores.

Por consiguiente, resulta manifiestamente evidente que al agregarse circunstancias de mayor punibilidad no imputadas expresamente, para ubicar la sanción en los cuartos medios de movilidad, el juzgado de primera instancia vulneró el debido proceso, el principio de congruencia y el derecho de defensa del señor Diego

Andrés Montoya Hernández, al desbordar el marco de la imputación jurídica contenido en la formulación de acusación fijando una sanción superior a la que en derecho correspondía.

Solo por efectos pedagógicos, pues la apelación se entiende interpuesta en los aspectos desfavorables, conviene advertir que para considerar la concurrencia de circunstancias de menor punibilidad debe seguirse la regulación del artículo 55 del Código Penal que condiciona claramente su reconocimiento a que estas circunstancias no hayan sido previstas de otra manera, por lo que, si la disminución de las consecuencias a que hizo alusión el juez de primera instancia deriva del temprano allanamiento a cargos, dicha circunstancia ya fue tenida en cuenta para efectos de la reducción de la pena por aceptación de cargos.

De otro lado, cabe precisar que aún en la hipótesis de que se hubiere atribuido en el traslado de la acusación la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el numeral 19° del artículo 55 del Código Penal, dicho numeral fue adicionado por el artículo 7 de la Ley 2197 de 2022 —corregido por el artículo 4 del Decreto 207 de 2022—, la cual fue publicada en el Diario Oficial No. 51.928 del 25 de enero de 2022, esto es, con posterioridad a la comisión de la conducta punible por la que fue acusado el señor Diego Andrés Montoya Hernández por hechos ocurridos el 15 de enero de 2020. En ese sentido, resulta acertado el planteamiento del apelante en cuanto a que, para la época de los hechos, la disposición en mención no se encontraba vigente y, por ende, fue indebidamente aplicada por el juez de primer grado contrariando los principios de legalidad y favorabilidad penal, al margen del control de constitucionalidad que hasta el momento no consta que haya sido efectuado por la Corte Constitucional.

En síntesis, es procedente realizar una nueva tasación punitiva en segunda instancia, con el fin de remediar el error derivado de la

valoración para fines punitivos de circunstancias deducidas de forma irregular.

Entonces, se impone la modificación de la sanción, considerando que la pena para el delito de hurto calificado agravado imputado (artículos 239, 240 inciso 4° y 241 numeral 10° del Código Penal) va de 10,5 a 26,5 años de prisión. Como la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad y fueron reconocidas de menor, de acuerdo con el artículo 61 del Código Penal, la sanción debe fijarse dentro del primer cuarto de movilidad punitiva que se encuentra entre 10,5 a 14,5 años. Utilizando el rasero aplicado por el juez de primer grado se impondrá la pena mínima de 10,5 años de prisión, a la que a su vez se le aplica la rebaja del 50% por allanamiento a cargos, quedando una sanción definitiva de 5,25 años.

En consecuencia, se impondrá al señor Diego Andrés Montoya Hernández la pena de 5 años y 3 meses de prisión, lapso al que decrece la sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas. En lo restante registrará el fallo recurrido, incluyendo la negación de subrogados penales por expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal para su reconocimiento, toda vez que el delito por el que se procede es el de hurto calificado.

No obstante, es menester dejar sentado que la gravedad de la conducta atribuida al procesado no desborda la propia del delito, dejándose así abierta la posibilidad para que en su momento el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad decida sobre el otorgamiento o no de la libertad condicional, previa verificación del cabal cumplimiento de los demás requisitos exigidos para su procedencia.

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

R E S U E L V E

Primero: Confirmar el fallo de primera instancia, pero modificarlo para disminuir la pena impuesta al señor Diego Andrés Montoya Hernández, la que se fija en definitiva en cinco (5) años y tres (3) meses de prisión, tiempo al que respectivamente se reducirá la pena accesoria de inhabilidad de derechos y funciones públicas, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. En lo restante rige la sentencia recurrida.

Segundo: 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



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO