

<b>M. PONENTE</b>	<b>: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ</b>
<b>ACTA DE APROBACIÓN</b>	<b>: 40 / 2017</b>
<b>RADICADO</b>	<b>: 05-001-60-00-206-2016-62727</b>
<b>CLASE DE ACTUACIÓN</b>	<b>: APELACIÓN</b>
<b>TIPO DE PROVIDENCIA</b>	<b>: SENTENCIA CONDENATORIA</b>
<b>FECHA</b>	<b>: 08 DE MAYO DE 2017</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>: CONFIRMA</b>
<b>DELITOS</b>	<b>: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO</b>

## **PROVIDENCIA**

PROCESO: 05-001-60-00-206-2016-62727  
DELITO: Hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma  
CONDENADO: Eric Alexander Galarza Celada  
Jorge Andrés Villa Colorado  
PROCEDENCIA: Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín  
OBJETO: Apelación de sentencia por allanamiento.  
DECISIÓN: Confirma y modifica pena  
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR**

Medellin

**SALA DE DECISION PENAL**

**Medellín, ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017).**

**Proyecto Aprobado por Acta Nro. 40**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y defensa, en contra de la sentencia proferida el 9 de marzo del presente año, por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, a través de la cual se condenó a los señores Eric Alexander Galarza Celada y Jorge Andrés Villa Colorado, como responsables de los punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuero de defensa personal.

## I. HECHOS

El 14 de diciembre de 2016, siendo aproximadamente las 17:50 pm, el señor Rafael Ignacio Restrepo Jiménez, se desplazaba en su vehículo en compañía de su cónyuge Ángela María Trujillo y su hija María Isabel Restrepo Trujillo, y cuando transitaban por la calle 30 en dirección oriente occidente, encontrándose en un atasco, se le acercaron dos sujetos desconocidos quienes se transportaban en una motocicleta, y uno de ellos procedió en varias oportunidades a golpear el vidrio lateral al asiento del copiloto con un arma de fuego tipo revólver; ante el temor que esto le generó, optó por bajar el vidrio del rodante para evitar que les dispararan, y uno de los asaltantes, apuntándoles con el arma de fuego, les exigió que les entregaran los objetos de valor, procediendo la víctima a entregarles algunas de sus pertenencias; en ese instante los vehículos que iban adelante comenzaron a circular, situación que el señor Restrepo Jiménez aprovechó para continuar la marcha, por lo que los atacadores salieron en la moto y se estacionaron en la gasolinera; segundos después el afectado observó una patrulla de la policía en el semáforo de la carrera 65 con calle 30, a cuyos ocupantes procedieron a comunicarles el hurto del que habían sido víctimas, indicándoles además donde estaban estos jóvenes, procediendo los uniformados a capturar a los dos sujetos, hallándoles en su poder el botín, que básicamente solo fue un reloj metálico, marca Victorinox, valorado en la suma de un millón de pesos.

Los capturados se identificaron como Eric Alexander Galarza y Jorge Andrés Villa Colorado, encontrando en su poder un arma de fuego tipo revólver, calibre 32 largo, que habiendo sido objeto de pericia técnica se determinó que se encontraba en buen estado de funcionamiento, es decir, apta para producir disparos. Así mismo los cartuchos calibre 32 largo de que estaba provista el arma, se encontraron en buen

estado de conservación, es decir, aptos para ser empleados en el arma de fuego descrita.

La Fiscalía, una vez estableció la posible autoría de la conducta investigada en cabeza de los dos ciudadanos antes mencionados, solicitó ante el Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, deduciéndoles cargos por el punible de hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones. Los señores Galarza Celada y Villa Colorado se allanaron a los delitos endilgados por el Ente Acusador.

Por lo anterior, se enviaron las diligencias a la oficina de apoyo judicial de la ciudad, que asignó su conocimiento al Juzgado 20 Penal del Circuito, Despacho que una vez constató la legalidad del allanamiento emitió la sentencia el pasado 9 de marzo del presente año, imponiéndoles una pena de 215 meses 15 días de prisión más las accesorias de ley. Así mismo se les negó el subrogado de que trata el artículo 63 del C.P.

La sentencia fue apelada por Fiscalía y defensa.

## **II: DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO**

### **Fiscalía.**

Consideró que el Juzgado cometió un error al condenar a los acusados por el punible de porte ilegal de arma de fuego agravado, por cuanto en audiencia de imputación realizada el 15 de diciembre de 2016, se le endilgó a estos ciudadanos el mencionado delito, pero sin agravantes, en concurso con hurto calificado y agravado, cargos a los cuales ambos imputados se allanaron.

Estima que con el proceder del Juez al condenar a los procesados por el delito de porte ilegal de arma de fuego, con la deducción un agravante, se vulnera el principio de congruencia, al incluir un elemento que no fue objeto de acusación.

Por lo anterior solicita que se modifique la tasación y que esta se haga en debida forma.

### **Defensa.**

Concuera con la Fiscalía en el sentido de que al escuchar el audio de la audiencia de imputación, se deja claro que ésta se hizo por el delito de porte de arma de fuego simple, y no como lo presentó el juez en su sentencia, en calidad de agravado.

Por otro lado, manifiesta que el fallador no tuvo en cuenta el pago de los perjuicios efectuado por los acusados, con el fin de dar aplicación de lo normado en el artículo 269 del Código Penal para reducir la sanción de la mitad a las tres cuartas partes, derecho que, considera, les fue conculcado a sus defendidos.

Estima que la legalidad de la pena fue desconocida, al no tener en cuenta la disminución por reparación para determinar los límites mínimos y máximos.

Considera que en este caso el delito más grave, en consideración a la pena en abstracto, es el de hurto calificado y agravado, cuyo ámbito de movilidad es de 12 a 28 años de prisión, por lo que debió tenerse como base este punible para la tasación, luego del reconocimiento a la rebaja consagrada en el artículo 269, para posteriormente sumar otro tanto por el delito de porte ilegal de arma de fuego.

### **III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. Ha de recordar la Magistratura el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema

propuesto por los recurrentes, con mayor razón cuando se enfrenta a una fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, los motivos de discusión en segunda instancia.

3. El problema jurídico propuesto por los apelantes tiene que ver con determinar si la primera instancia cometió yerros al realizar la tasación de la pena, o si por el contrario la dosificación se ajusta a la legalidad.

El *a quo* condenó a los señores Eric Alexander Galarza Celada y Jorge Andrés Villa Colorado, por los delitos de tráfico, fabricación y porte de arma de fuego, agravado, en concurso con hurto calificado y agravado. Así, para la dosificación punitiva, tomó como base la pena asignada para el primer delito, al cual le fijó una sanción de 216 meses, aumentando 12 meses por el segundo tipo penal, para un total de 228 meses, cifra a la cual realizó un porcentaje de rebaja por el allanamiento a cargos, 12.5% en razón de que la captura fue en flagrancia, resultando una pena definitiva de 215 meses y 15 días de prisión.

Los recurrentes fincaron sus críticas en tres puntos esenciales:

- Que uno de los delitos por los que los acusados se allanaron en la audiencia de imputación, fue el de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego de defensa personal, y no obstante ello, el juzgado condenó por esta conducta pero considerándola como “*agravada*”, situación que rompió con el principio de congruencia.
- Que el delito base para la aplicación de las reglas del concurso debió ser el de hurto calificado y agravado, pues se debe tener en cuenta es la pena en abstracto asignada para el tipo penal.
- Que no se tuvo en cuenta la rebaja de pena por reparación integral.

Pues bien, lo primero que tiene para decir la Sala, es que luego de escuchados los audios de audiencias preliminares, es evidente que razón le asiste a los recurrentes en cuanto a que el delito imputado a los señores Eric Alexander Galarza Celada y Jorge Andrés Villa Colorado, el día 15 de diciembre de 2016 ante el Juzgado 20 Penal Municipal de Medellín con funciones de control de garantías, fue el de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego de defensa personal, sin ningún tipo de agravantes, por lo que no se explica porque el fallador impartió condena por este delito deduciendo una causal de agravación.

Así, es claro que el Juzgado cometió un craso error en la sentencia, pues si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación

Precisamente para evitar estos desafueros, el ordenamiento jurídico tiene en el principio de congruencia la garantía del derecho a la defensa y la condición de regla estructural del proceso. Al respecto nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La acusación como eslabón del debido proceso penal es insalvable en el procedimiento ordinario, como en la sentencia anticipada (arts. 293 y 352 ejusdem), lo cual implica que la aceptación de la imputación y acusación constituyen los referentes formales, materiales y sustanciales en orden a la congruencia entre lo atribuido en aquellos y lo derivado en la sentencia.

En esa medida, si los contenidos de la formulación de la acusación que se extienden hasta el alegato final en el juicio oral constituyen los extremos de congruencia, se comprende que esta se desestabiliza cuando:

....

1.- Por acción:

a.- Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.

b.- Cuando se condena por un delito que nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en el acto de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso.

**c.- Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad.”<sup>1</sup>**

Entonces, por lo analizado, es evidente que la sentencia rompió la unidad conceptual del proceso al alterar sustancialmente el contenido del acto de imputación, empeorando la situación jurídica de los enjuiciados al deducir una agravante no imputada, por lo que la Sala modificará el fallo, en el sentido de que los delitos por los cuales se condena a los acusados serán los de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego de defensa personal o municiones, en modalidad simple, en concurso con el punible de hurto calificado y agravado.

### **En cuanto a las reglas del concurso y la dosificación punitiva.**

En segundo término se dará respuesta a la inquietud del defensor, quien señaló que la conducta más grave en este caso es el delito de Hurto Calificado y Agravado, y por tanto, se debe partir del monto de la sanción impuesta para este punible para aumentar otro tanto por el delito de porte ilegal de arma de fuego.

Frente a este tópico, haremos alusión a sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 38353 de 2012, donde se trata este problema jurídico en los siguientes términos:

**“2.1. Dosificación de la pena en materia de concurso de conductas punibles. El**

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Radicado 32685 de 2011.

artículo 31 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 890 de 2004, prevé a quien con una sola acción o una omisión, o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, una sanción equivalente a la prevista para la pena más grave, aumentada hasta otro tanto, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, debidamente dosificados cada uno de ellos, y sin que la privación de la libertad exceda de los 60 años de prisión.

A partir de dicho precepto, la Sala ha extraído, entre otras, varias tesis jurisprudenciales:

**2.1.1.** El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”. En palabras de la Corte:

“[...] la dosificación de la pena en el concurso de hechos punibles debe efectuarse a partir de la individualización de la que corresponda a cada uno de los delitos en concurso, con el fin de detectar cuál es la que resulta más grave”<sup>2</sup>.

“[...] es la **pena individualizada de cada uno de los delitos en concurso la que conduce a determinar la base de la construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto por los respectivos tipos penales**”<sup>3</sup>.

Así pues, al tenor de lo predicado por la Corte, observamos que lo que interesa para la aplicación de las reglas del concurso, a fin de determinar el delito con pena más grave, no son las sanciones previstas en abstracto para la conducta punible, sino la pena individualizada para cada tipo penal, por lo que será esa la manera en que se procederá, atendiendo siempre el principio de legalidad.

---

<sup>2</sup> Sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 18856.

<sup>3</sup> Sentencia de 7 de octubre de 1998, radicación 10987. En el mismo sentido, fallos de 10 de julio de 2001, radicación 12740, y 25 de marzo de 2004, radicación 18654, entre otros.

Al efecto debemos decir, que tal y como lo señaló la defensa, efectivamente la primera instancia no especificó en la adecuación punitiva como llegó a establecer las penas mínimas y máximas para el delito de Hurto Calificado y Agravado, lo cual debió hacer, por lo que la Sala emprenderá esta labor individualizando la sanción para cada uno de los delitos en concurso.

Así, la pena consagrada para el delito de Hurto Calificado se encuentra establecida en el artículo 240 del Código Penal, indicándose allí una sanción mínima de 96 meses, y máxima de 192 meses de prisión. Como la conducta aquí investigada contiene circunstancias de agravación punitiva, de acuerdo con el artículo 241 ibídem, las penas antes descritas se aumentan de la mitad a las tres cuartas partes.

De conformidad con el artículo 60 del Código Penal, si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica. Con lo anterior, la sanción oscilaría entre 144 meses mínimo, y 336 meses máximos.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la primera instancia aplicó las sanciones mínimas en su dosificación, la Sala no se apartará de dicho criterio, asignando una pena de 144 meses a los procesados por el punible de hurto calificado y agravado.

Teniendo en cuenta que la defensa allegó constancias de que la víctima en estos hechos fue totalmente reparada por los perjuicios ocasionados con el ilícito, se dará aplicación a la figura post- delictual contenida en el artículo 269 del Código Penal, dejando en claro que los acusados se hacen merecedores a la máxima rebaja allí contenida, dado el temprano momento procesal en el que se produjo la reparación de los daños.

Por lo anterior, la pena de 144 meses será disminuida en tres cuartas partes, para una sanción de 36 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado.

En cuanto al punible de fabricación, tráfico y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, se tiene que la pena oscila entre 108 y 144 meses, por lo que la pena a imponer por este tipo penal, será también la mínima, 108 meses de prisión.

Así, una vez individualizadas las penas para los delitos objeto de acusación, concluye la Sala que el que comporta la sanción más grave es el consagrado en el artículo 365 del Código Penal, por lo que será este el que sirva como base para la aplicación de las reglas del concurso, tal y como se dejó explicado en párrafos anteriores.

De conformidad con lo anterior, se tiene que a la pena de 108 meses establecida para el punible de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego, se le aumentarán doce (12) meses por el hurto calificado y agravado, que fue la misma cantidad considerada por la primera instancia, para un total de ciento veinte (120) meses de prisión, atendiendo en este caso la gravedad de la conducta cometida, dado el fuerte impacto que viene ocasionando en la comunidad esta modalidad de hurtos cometidos bajo el sistema de “fleteo”.

A esta cifra se le disminuirá un 12,5 % por el allanamiento a cargos, para una pena definitiva a imponer de 105 meses de prisión.

Con el procedimiento aplicado al caso, el porte ilegal de arma se consideró en su manifestación no agravada, a pesar de lo cual sigue siendo el sancionado con mayor severidad, además de que se reconoció la rebaja por reparación que reclamaba la defensa.

Por último, debe la Sala realizar un llamado de atención al Juez, para que en el futuro realice una explicación detallada de las normas utilizadas en la adecuación punitiva, aunado a los referentes matemáticos empleados, en aras de evitar confusiones a las partes, en atención a lo consagrado en los artículos 31 y 59 del Código Penal.

Por lo expuesto, la Sala de decisión penal del H. Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia condenatoria dictada el nueve (9) de marzo de 2017, por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), en contra de los señores **ERIC ALEXANDER GALARZA CELADA** y **JORGE ANDRES VILLA COLORADO**, pero **MODIFICA** el fallo en su numeral primero, en el sentido de que la condena se imparte por los punibles de **FABRICACION, TRAFICO Y PORTE DE ARMA DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, imponiendo pena de CIENTO CINCO (105) MESES DE PRISIÓN**. Lo anterior de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

En lo demás se mantiene incólume la primera instancia.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**

**MAGISTRADO**

**JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE  
MAGISTRADO**

**NELSON SARAY BOTERO  
MAGISTRADO**