

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO  
SALA DE DECISIÓN PENAL  
MAGISTRADO PONENTE  
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, quince (15) de noviembre de dos mil doce (2012).

**ACTA DE APROBACIÓN No 658  
SEGUNDA INSTANCIA**

Fecha y hora de lectura:	22-11-12, 10:24 a.m.
Imputado:	Jhonatan Estiven Barrientos Agudelo.
Cédula de ciudadanía:	1.004.519.309 expedida en Dosquebradas (Rda.)
Delito:	Hurto agravado en concurso con violencia intrafamiliar.
Procedencia:	Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria del 27-09-11. SE CONFIRMA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

**1.1.-** Dan cuenta los registros que el 23-01-11, a eso de las 12:10 horas, agentes del orden que se encontraban por el centro realizando labores de vigilancia, fueron avisados por radio sobre un caso de *hurto* presentado en la carrera 9 con calle 13 de esta capital, al llegar al sitio encontraron a un joven identificado como **JHONATAN ESTIVEN BARRIENTOS AGUDELO**, quien

amenazaba con un palo a dos mujeres y una de ellas manifestó ser la madre del agresor y que la había agredido físicamente por reclamarle un celular que le hurtó a su sobrina JULIANA ANDREA PEÑA BARRIENTOS, razón por la cual fue aprehendido de manera inmediata.

A consecuencia de ello entrevistaron a la víctima SANDRA MILENA BARRIENTOS -madre del agresor-, persona que enteró a la autoridad que los hechos ocurrieron en su residencia ubicada en la calle 10 # 08-39, dado que su hijo es habitante de la calle y solicitó que si le prestaban el baño, a lo cual ella accedió, pero cuando salió se percataron que no estaba el teléfono celular de su sobrina. Al salir a buscar a su hijo este se mostro agresivo, con los resultados ya conocidos.

**1.2.-** Con fundamento en lo anterior y a instancias de la Fiscalía, se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Pereira (24-01-11), por medio de las cuales: (i) se declaró legal la aprehensión; (ii) se imputó autoría en el punible de *hurto agravado en concurso con violencia intrafamiliar* -arts. 239, 241.2, y 229.1 del Código Penal-; cargos que el indiciado ACEPTÓ; y (iii) se ordenó la libertad inmediata del imputado.

**1.3.-** Con soporte en esa admisión, el trámite continuó su curso ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de esta ciudad con funciones de conocimiento, autoridad que convocó para una audiencia de individualización de pena y sentencia (27-09-11) por medio de la cual: (i) declaró penalmente responsable al imputado en congruencia con los cargos formulados y admitidos; (ii) impuso como sanción privativa de la libertad la de 29 meses 21 días de prisión, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal; y (iii) negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y en consecuencia dispuso que debía purgar la sanción en un centro carcelario designado por el INPEC; lo anterior, con fundamento en que si bien es cierto que el sentenciado reúne el

presupuesto objetivo en cuanto la pena no supera el tope de los 3 años de prisión, el aspecto subjetivo no se cumple ya que la manera de actuar del sentenciado se torna un peligro para su ascendiente, siendo víctima de la violencia intrafamiliar al ser ultrajada, maltratada y golpeada, y al mismo tiempo se menoscaba su patrimonio económico, manteniéndola en un estado de zozobra, a tal punto que se vio en la obligación de denunciarlo; por tanto, si este comportamiento no merece un castigo ejemplar y efectivamente aflictivo de la libertad, no habría eficacia ni validez en la norma que precisamente fue creada para proteger la familia, es así como consideró que **BARRIENTOS AGUDELO** requería tratamiento penitenciario.

**1.4.-** La defensa no estuvo de acuerdo con esa determinación y la impugnó, motivo por el cual el recurso fue concedido, y se dispuso la remisión de los registros ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

## 2.- Debate

### 2.1.- Defensa -recurrente-

Su inconformidad radica en que no está de acuerdo en que se haya negado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad a su prohijado, ya que él no necesita estar en un centro penitenciario, pues tal como lo ha manifestado la señora SANDRA MILENA BARRIENTOS su hijo es un drogadicto, que la agrede precisamente cuando no le da dinero para su adicción y por esta misma razón se sustrae los bienes de su casa.

Consideró que su defendido no cuenta con una buena persona que en este caso sería su madre, para ayudarlo a salir de la drogadicción, ya que su decisión ha sido refugiarse en el Estado, lo que a su parecer es injusto que se le patrocine su ineficiencia; adujo que esto significaría que cada vez que la señora SANDRA MILENA tenga un problema con su hijo, se lo va a entregar al

Estado para que se lo tenga en la cárcel y ella pueda seguir su vida tranquila; cuando lo que debe hacer es afrontar su situación, esto es, que tiene un hijo drogadicto, no una mala persona ni un delincuente, es un enfermo, el cual no necesita tratamiento penitenciario sino una madre comprometida y responsable que lo pueda sacar adelante.

Por tanto, argumentó que como no está probado el factor subjetivo no se podría haber negado el subrogado.

## **2.2.- Fiscal -no recurrente-**

No comparte la solicitud de la defensa, ya que lo que solicita es que se le traslade a la señora SANDRA MILENA el problema de drogadicción de su hijo. Considera que dicha dificultad proviene de él mismo, ya que eligió convertirse en habitante de la calle, consumir sustancias psicoactivas y volverse un adicto, de manera voluntaria decidió agredir a su propia madre y despojarla de sus bienes; en este orden de ideas a la señora BARRIENTOS no se le puede trasladar como víctima que es, las decisiones y determinaciones de una persona capaz.

Señaló que la función del Estado es precisamente proteger los bienes jurídicos vulnerados, en este caso concreto el patrimonio, la integridad personal y la vida de la víctima que está siendo agredida constantemente por su descendiente; por tanto, está de acuerdo con los argumentos del funcionario a quo.

## **3.- consideraciones**

### **3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 178 de la Ley 906 de 2004 - modificado este último por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido

oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

### **3.2.- Problema jurídico planteado**

El Tribunal deberá limitarse única y exclusivamente al recurso interpuesto por la apoderada del sentenciado **JHONATAN BARRIENTOS** en lo que hace referencia al tema del no merecimiento del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad que prevé el artículo 63 de la ley 599 de 2000.

### **3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la temprana admisión de los cargos por parte de la imputada en forma libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido y profusamente ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento unilateral que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad existen elementos de convicción que determinan que la conducta ilícita que se pregona sí existió y que el hoy involucrada tuvo participación activa en la misma.

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error in procedendo insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde acerca del tema ya anunciado.

El punto concreto en discusión se ha hecho consistir en que el condenado no necesita tratamiento penitenciario porque presenta una situación particular de drogadicto, a consecuencia de lo cual se generaron los problemas que dieron origen a esta averiguación. Se recordó que no es un delincuente, mala

persona o ladrón, y si un enfermo que necesita ayuda para superar su problemática.

Un examen de la motivación que contiene la sentencia recurrida en el acápite pertinente a la negación del beneficio-derecho, nos enseña que el fallador tuvo en consideración el factor objetivo y el análisis de la naturaleza y modalidad de la conducta investigada, indicando que de tiempo atrás viene siendo ultrajada, maltratada y golpeada e incluso está siendo investigado por idéntica conducta, a consecuencia de lo cual su proceder ha despertado reproche y alarma en la comunidad.

Fue esa principalmente la razón por la cual el juzgador obtuvo la convicción que debía hacer cumplir una de las funciones de la pena, esto es, la prevención especial y, por ende, en su sentir, se hacía necesario privar de la libertad a **JHONATAN BARRIENTOS** para que descontara la totalidad de la pena impuesta en centro carcelario.

A continuación dirá el Tribunal cuál es la posición que debe asumir frente a ese elemento de ponderación a voces del artículo 63 del Código Penal.

No se puede desconocer que los requisitos de orden objetivo y subjetivo que establece el citado artículo 63 sustantivo deben estar presentes y concurrir simultáneamente para que pueda concederse el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es decir, que si falta alguno de ellos no hay lugar a su concesión.

Un entendimiento claro del dispositivo en cita obliga a los falladores a analizar ambas situaciones problemáticas, en una valoración de conjunto, no de exclusión sino de integración:

“En el examen de la procedencia o improcedencia del subrogado deben contar la buena conducta anterior del procesado, las actitudes posteriores al hecho delictivo que tiendan a detener sus efectos perjudiciales, la indemnización y la presentación voluntarias, como elementos expresivos de una personalidad positiva del acusado, pero de igual manera deben

examinarse juntamente con ésta la naturaleza y modalidades del hecho punible".<sup>1</sup>

No es por tanto tarea fácil para el operador judicial poder precisar en cada situación si lo más conveniente desde el punto de vista social es la aplicación efectiva de la pena, o por el contrario abrir paso a la liberación a efectos de procurar no afectar más allá de lo estrictamente necesario al destinatario de la sanción. De allí que la ley y la jurisprudencia concedan al sentenciador un amplio margen de discrecionalidad, desde luego racional y reglado, a efectos de que pueda ponderar en cada situación singular lo que considere más justo atendiendo parámetros de razonabilidad.

Sobre la base de esos factores condicionantes, aquél de naturaleza objetiva no es punto de discusión en el presente caso, por cuanto se cumple a cabalidad dada la sanción establecida por ley para el injusto de *violencia intrafamiliar*<sup>2</sup>, que es la más grave respecto a la establecida para el *hurto agravado*<sup>3</sup> en aplicación de los lineamientos del artículo 31 del Código Penal.

Con relación al subjetivo, como se dijo, se ha esgrimido el argumento según el cual, palabras más palabras menos, la familia del procesado, y más concretamente su señora madre, debe soportar los improperios de parte de éste porque ese es su karma y está en la obligación de atenderlo; es decir, que antes que denunciarlo, debe aguantarlo porque no puede pretender trasladarle esa carga al Estado.

A decir verdad, en criterio del Tribunal y en consonancia con lo aseverado por fiscal y juez, esa postura defensiva parecería -en principio- atinada en cuanto en verdad se trata de un enfermo y como tal requiere el apoyo de su familia. Pero eso no autoriza en modo alguno que hurte los bienes del hogar, y peor aún, por supuesto, que ataque en forma constante a su progenitora por el hecho de no aceptar sus exigencias.

---

<sup>1</sup> C.S.J., casación penal del 08-02-00, radicado 11.203

<sup>2</sup> Artículo 229 Código Penal, tiene señalada una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión

<sup>3</sup> Artículos 239 y 241 No. 2º Código Penal,.

Es injusto y desproporcionado a todas luces exigirle a la perjudicada que soporte esos desmanes y que no denuncie al hijo en consideración al vínculo de sangre que los une, cuando es precisamente el Estado el que ha tipificado como conducta punible la *violencia intrafamiliar*, precepto que presupone la existencia de esos lazos, e incluso lo agrava cuando la víctima es una mujer, en este caso la madre.

Prueba de ello es que con ocasión de la Ley 1542 de 2012<sup>4</sup> se establecieron nuevos criterios para garantizar la protección a las mujeres, entre ellos el de eliminar la categoría de querellable del citado delito, y con ello el hacerlo no conciliable y no desistible.

El apoderamiento de los bienes podría tener un relativo entendimiento en personas como **JHONATAN**, dada la necesidad de suplir su apego a sustancias prohibidas, pero otra cosa bien distinta es que ese proceder anómalo lo complementa con el maltrato físico y de palabra en contra de la madre.

Lo dicho, con mayor razón cuando se sabe que el consumo de tóxicos no aniquila por sí mismo la condición de imputable, es decir, que el sujeto mantiene la conciencia del acto y el poder de autodeterminación.

Es innegable entonces que el juez no podía dejar de lado en el cumplimiento de su función, el examen de las conductas anteriores del procesado, su personalidad, su estilo de vida familiar y social, los cuales debían conjugarse positivamente en favor del acusado para que el instituto pudiera otorgarse.

Resulta oportuno mencionar que para esa clase de personas fue promulgada la Ley 1566 de 2012 la cual reconoce que el consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas es un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos; por consiguiente, deberá ser tratado como

---

<sup>4</sup> Publicada en el Diario Oficial No. 48482 del 05-07-12 - Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004.



enfermedad por las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y las instituciones públicas o privadas especializadas, a consecuencia de lo cual conviene sugerir a la parte interesada la mediación con la unidad de sanidad del establecimiento penitenciario y carcelario donde deba cumplir la pena el justiciable, a efectos de que se soliciten los servicios de salud ante las entidades públicas o privadas con contrato de prestación de servicios con la sede de reclusión. Ello, obviamente, siempre y cuando se cuente con la aquiescencia del directo comprometido en el presente asunto, como quiera que ese tipo de intervención solo procede con su expreso y previo consentimiento voluntario.

#### ANOTACION FINAL

Como es sabido, la titular del órgano persecutor no advirtió en su escrito de acusación que la conducta de *violencia intrafamiliar* concurría una circunstancia de agravación específica contenida en el segundo inciso del artículo 229 del Código Penal, modificado por la Ley 882 de 2004 en su artículo 1º, reformado a su vez por la Ley 1142 de 2007 en su artículo 33, cuando dice: "La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, **una mujer**, una persona mayor de 65 años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión", porque es indiscutible que la acción se llevó a cabo en contra de una persona que tiene la condición de mujer, independientemente de la calidad de madre que adicionalmente ostenta la señora SANDRA MILENA BARRIENTOS AGUDELO.

Por ello, en criterio del Tribunal, la imputación se quedó corta en cuanto, sin saberse la razón para ello, no contempló el agravante que aquí se menciona. Siendo así, lo que corresponde es hacer un llamado de atención para que el órgano titular de la persecución penal corrija en casos posteriores una tal anomalía, como quiera que para el asunto que nos concierne ya no hay lugar a esa corrección en clara aplicación de la prohibición de reforma peyorativa por tratarse de apelante único.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo de condena de fecha, origen y contenido aquí referenciado.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse debe hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ