El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 22 de marzo de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 660016000035201601141

Procesado: JONATHAN RESTREPO TORRES

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: HURTO CALIFICADO / APLICACIÓN DE DIMINUENTE PUNITIVA / CONDICIÓN DE MARGINALIDAD / ACTO DE PEDIR DINERO ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRARLO/ CONFIRMA CONDENA.** El defensor sustentó su apelación básicamente en la información contenida en la querella presentada por la victima (Fl. 18), aduciendo que a partir de su contenido se puede deducir la condición de marginalidad de su defendido quien el día anterior de cometer el ilícito le había pedido dinero al perjudicado.

(…)

El hecho de pedir dinero no se encuentra relacionado directamente con una condición de pobreza extrema o marginalidad como lo aduce el impugnante, ya que se desconoce si era una actividad frecuente o reiterativa del acusado, el destino que le daría al dinero obtenido o la intención que tuvo al acercarse al lugar con la excusa de pedir la dádiva, que fue donde posteriormente cometió el hurto.

6.3.4 Se concluye entonces que con el material obrante, no se demostró que el procesado se encontraba dentro de las circunstancias previstas en el artículo 56 del CP, al momento de cometer la conducta punible, por lo cual no existe evidencia que demuestre un nexo de conexidad entre su actuar y su presunta condición de marginalidad.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 261 del veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 9:55 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 660016000035201601141 |
| Procesado | Jonathan Restrepo Torres  |
| Delito | Hurto calificado en grado de tentativa  |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el tres (03) de febrero de dos mil diecisiete (2017). |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Jonathan Restrepo Torres, frente a la sentencia emitida el tres (03) de febrero de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento, por medio de la cual se le condenó a treinta y un (31) meses y quince (15) días de prisión por la conducta punible de hurto calificado en grado de tentativa.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con el escrito de acusación el supuesto fáctico es el siguiente[[1]](#footnote-1):

*“El día 25 de marzo de 2016 fue capturado JHONATHAN RESTREPO TORRES por miembros de la policía Nacional en la Manzana 2 casa 3 sector Parque Industrial, persona que se hallaba en esa dirección donde está ubicado el local comercial “”repuestos y punto” y quien momentos antes había violentado un candado y sacado de un cajón grande metálico, localizado en la bodega del local; donde se guardan los repuestos y la herramienta del local comercial dedicado a la reparación y venta de repuestos para motos, un pistón una carcasa, un carburador, un piñón, una cadena, y otros elementos mas. La victima reconoció al individuo como una persona del sector, a la que el día anterior le había regalado plata porque según su dicho, estaba muy mal, El señor FABIO DE JESUS RAMIREZ GOMEZ, propietario del local comercial y víctima, estima que todos los repuestos hurtados tienen un valor comercial de $250.000, los cuales fueron recuperados”.*

2.2 El 26 de marzo de 2016, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías, llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación. Donde el implicado aceptó los cargos formulados por la Fiscalía, y el Juez dispuso su libertad.

2.3 El Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folio 5). La audiencia de lectura de fallo se realizó el 03 de febrero de 2017 (folios 25-29).

2.4 La defensa del procesado, apeló el fallo de primera instancia.

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de Jonathan Restrepo Torres, identificado con cédula de ciudadanía No.1.088.282.412, nacido el 28 de agosto de 1990 en Florencia, Caquetá hijo de Margot, ocupación chatarrería.

**4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

* 1. Los fundamentos del fallo de primera instancia se pueden sintetizar así[[2]](#footnote-2):
* Al hacer un análisis de los elementos materiales probatorios reseñados por la FGN, aunado a la aceptación de cargos del señor Restrepo Torres, se concluye que cometió la conducta punible atribuida por la Fiscalía que encuadra dentro de la figura del tipo penal de Hurto calificado en la modalidad de tentativa, con lo cual puso en riesgo el patrimonio económico de la víctima.
* Respecto a la dosificación de la pena, se estableció que debía oscilar entre los 36 y 112 meses de prisión, al no existir circunstancias de mayor punibilidad. Se refirió al artículo 268 del C.P., explicando que el acusado no podía ser beneficiado con la atenuación que consagra esta norma, por el antecedente penal que registraba por un delito de hurto calificado[[3]](#footnote-3), independientemente de que el valor del objeto material del delito no excediera de 1 SMLMV.
* Respecto a la circunstancia de marginalidad que alegó la defensa, el despacho manifestó que las solicitudes en ese sentido deben ser sustentadas con los medios probatorios que lo indiquen. Ante la ausencia de las mismas no resultaban de recibo las afirmaciones hechas por su representante para acceder al descuento punitivo que trata el artículo 56 del CP., ya que la única prueba que se aportó en ese sentido fue lo manifestado por la víctima en su querella del 25 de marzo de 2016, donde dijo que conocía al procesado porque era del sector y porque: *“el día antes le había regalado dinero, que (sic) porque estaba muy mal”.*
* Se fijó la pena dentro del cuarto mínimo, esto es de 36 a 55 meses de prisión. Se partió de 36 meses de prisión teniendo en cuenta los factores que rodearon el hecho. Por el allanamiento a cargos se aplicó una disminución punitiva del 12.5%. La pena definitiva se tasó en 31 meses y 15 días de prisión y la inhabilidad en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, sin la concesión de subrogados penales.

4.2 La sentencia fue recurrida por la defensa.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

**5.1 DEFENSOR (Recurrente)**

La defensa del señor Jonathan Restrepo Torres sustentó el recurso de apelación manifestando lo siguiente.[[4]](#footnote-4)

* Su disenso se circunscribe a la no concesión a su defendido de la circunstancia de marginalidad prevista en el artículo 56 del CP.
* No discute los hechos que se atribuyen a su representado, ni que en el fallo se hubiera manifestado que días antes de lo ocurrido su representado tuvo un contacto con la víctima a quien le pidió dinero. Lo anterior lleva a concluir que el señor Restrepo era un habitante de la calle, inclusive la victima dijo que había accedido a darle dinero porque “estaba muy mal”.
* El A quo no reconoció el estado de marginalidad alegado, manifestando que no existía prueba sumaria que lo acreditara, lo cual constituye una contradicción pues se da por cierto la existencia de la entrevista que rindió la víctima y no hay nada que desvirtúe sus manifestaciones que indican “*yo le había regalado dinero porque estaba muy mal”.*
* Considera que la discusión entonces radica en la valoración probatoria que se le debe dar a la entrevista de la víctima, la cual en su criterio es suficiente para establecer una condición de marginalidad del procesado teniendo en cuenta lo que hurtó su defendido, la manera en que lo hizo, el escaso valor de los bienes sustraídos y lo relativo a su arraigo.
* Su defendido no realizó este hurto para enriquecerse sino para sobrevivir, por su estado de pobreza, es decir que no buscaba lucrarse.
* Pese a que esta Sala ha sido reacia a analizar circunstancias nuevas que no fueron objeto de imputación en una aceptación de cargos, es posible reconocer esa situación planteada en la audiencia de IPS.
* Para sustentar ese segundo presupuesto cita la sentencia CSJ SP, con radicado 31280 de 2009, donde se revocó un fallo de esta colegiatura por un delito de homicidio y se dijo que el Juez debe dictar su fallo acorde a los hechos probados ya que se presentaba un evento de legítima defensa.
* En este caso sin existir un debate probatorio y con lo manifestado por la FGN se debe examinar el reconocimiento de la circunstancia prevista en el artículo 56 CP.
* Por lo anterior solicitó revocar la sentencia de primer grado, para que se reconozca al procesado el estado de marginalidad al procesado y en consecuencia se redosifique la pena que se le impuso.

**5.2 FISCAL (No recurrente)**

El representante de la FGN, se pronunció frente al recurso interpuesto por la defensa así:

* Citó el artículo 56 del CP indicando que en este caso las situaciones de profunda marginalidad y pobreza extrema del acusado no se encuentran señaladas y en el evento que se pudieran demostrar, tampoco está definido que en el caso *sub examen* tuvieron influencia directa en la ejecución de la conducta punible.
* La defensa se basa en las manifestaciones consignadas por la víctima en una entrevista que rindió, donde expuso que el acusado le había pedido un dinero “*porque estaba mal”.* Sin embargo, este aserto no fue verificado por el perjudicado y por ello, con ese documento no se puede certificar que el procesado estuviera en una situación de profunda marginalidad o pobreza extrema al momento de cometer el hecho.
* Las labores investigativas sobre arraigo del implicado indican que este realizaba oficios varios y allí dio su dirección indicando que siempre ha vivido en ese sitio. Se menciona que se trata de datos aportados por s*u madre, y que el acusado “se dedicó a la calle”,* pero tiene un lugar de residencia donde pernocta y va y vuelve.
* Alega que la víctima creyó la mentira del acusado en el sentido de que “*estaba mal”*, que es lo que suelen manifestar las personas que piden limosna para suplir sus necesidades de consumo de estupefacientes, sin poder certificar que realmente se encuentran en una mala situación, pese a lo cual no tuvo ninguna consideración hacia su benefactor y procedió a cometer el hurto en mención.
* No existen suficientes pruebas de los elementos subjetivos que habla el artículo 56 del CP, es decir de la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, que tuvieran relación causal con el delito investigado, máxime si el acusado tiene un lugar de habitación y se dedicaba a oficios varios como lo dijo su madre y no se acreditó que tuviera que dormir en las vías públicas.
* Por lo expuesto solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia.

6. CONSIDERACIONES LEGALES

6.1. Competencia:

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**7.2. Problema jurídico a resolver**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la discusión planteada por el recurrente, respecto al no reconocimiento en favor de su defendido de la causal de marginalidad, al momento de tasar la pena que se le impuso, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

6.2.1 De la evidencia allegada por la FGN se tiene que el 25 de marzo de 2016, fue capturado el señor Restrepo por miembros de la Policía Nacional en un negocio donde había una bodega metálica contigua a un almacén de esta ciudad, destinada a la reparación y venta de repuestos, ya que momentos antes había violentado un candado de ese negocio y había sacado un cajón metálico donde se guardaban repuestos con un valor comercial de $250.000 según la víctima, quien reconoció al acusado, como una persona del sector a quien le había regalado dinero el día anterior.

Teniendo en cuenta la aceptación de cargos del procesado y al no encontrar circunstancias genéricas de mayor punibilidad, en el fallo de primera instancia se le impuso una pena de 31 meses y 15 días de prisión, sin derecho a subrogados penales.

6.2.2 La inconformidad del censor se centra en el hecho de que al procesado se le debió reconocer la diminuente punitiva prevista en el artículo 56 del CP[[5]](#footnote-5), ya que el *A quo* no tuvo en cuenta como prueba sumaria, las manifestaciones hechas por la víctima en el escrito de querella presentado por la fiscalía.

6.2.3 La Sala considera que el censor hace una interpretación propia sobre el relato que hizo la víctima Fabio de Jesús Ramírez Gómez, quien dijo en ese documento que reconocía al acusado como una persona del sector a quien le había dado dinero el día anterior a la ocurrencia del hurto porque *“estaba muy mal”,* por lo cual plantea que esa manifestación es suficiente para establecer la condición de marginalidad de su representado. Igualmente hizo referencia al escaso valor de los bienes hurtados (situación que es ajena a las circunstancias previstas en el artículo 56 del CP) y al arraigo del procesado.

6.2.4 Por su parte el representante de la FGN aduce que con las solas manifestaciones de la víctima no se puede certificar que el procesado estaba en una situación de profunda marginalidad o pobreza extrema y que los arraigos tomados al implicado indican que realizaba oficios varios y tiene una dirección de residencia donde ha vivido siempre, según lo manifestado por su madre, lo que indica que esta persona se encuentra en las calles por decisión propia.

**6.3 Solución al caso concreto**

6.3.1 Para dar solución al asunto, es necesario manifestar que quien alegue en su favor las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga probatoria de demostrar que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad y que las mismas incidieron en la comisión del delito. Por tanto la carga probatoria que le correspondía asumir a la defensa para procurar un beneficio a su representado, viene a ser una consecuencia del principio de la incumbencia probatoria como se explicará más adelante:

6.3.2 El defensor sustentó su apelación básicamente en la información contenida en la querella presentada por la victima (Fl. 18), aduciendo que a partir de su contenido se puede deducir la condición de marginalidad de su defendido quien el día anterior de cometer el ilícito le había pedido dinero al perjudicado.

6.3.3 Sin embargo para la Sala esa sola situación no conduce a reconocer al procesado la circunstancia de marginalidad que prevé el artículo 56 del CP, por lo siguiente:

i) El archivo lofoscopico nacional, aportado por la Fiscalía (folio 14 del expediente) no contiene ningún tipo de anotación o información que permita concluir que el ciudadano Restrepo Torres se encuentre desamparado o en condición de marginalidad. Por el contrario presenta como lugar de residencia la Mz 11 Cs 16 sector B del barrio “Parque industrial” y se menciona que tiene como ocupación o actividad la de “oficios varios”.

ii) El hecho de pedir dinero no se encuentra relacionado directamente con una condición de pobreza extrema o marginalidad como lo aduce el impugnante, ya que se desconoce si era una actividad frecuente o reiterativa del acusado, el destino que le daría al dinero obtenido o la intención que tuvo al acercarse al lugar con la excusa de pedir la dádiva, que fue donde posteriormente cometió el hurto.

6.3.4 Se concluye entonces que con el material obrante, no se demostró que el procesado se encontraba dentro de las circunstancias previstas en el artículo 56 del CP, al momento de cometer la conducta punible, por lo cual no existe evidencia que demuestre un nexo de conexidad entre su actuar y su presunta condición de marginalidad.

6.3.5 Sobre el tema se cita la parte pertinente de lo manifestado por esta Colegiatura en reciente decisión adoptada dentro de un proceso adelantado contra Gloria Elena Agudelo Villa, por la violación del artículo 376 del C.P., radicado 66001 6000035201304469 M.P. Jairo Ernesto Escobar Sanz, donde se dijo lo siguiente:

*“6.6 En ese sentido se debe manifestar que quien invoca las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga de demostrar que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad y que las mismas incidieron en la comisión del delito.*

*Por tanto la carga probatoria en este caso le correspondía a la defensora de la señora Agudelo Villa, quien elevó la solicitud respectiva en la audiencia de individualización de pena y sentencia[[6]](#footnote-6), para procurar ese beneficio en favor de su representada y por ello le entregó al Juez de conocimiento la evidencia que consideró suficiente para sustentar su petición.*

*Lo anterior viene a ser una consecuencia del principio de la incumbencia probatoria, sobre el cual se ha expresado la SP de la CSJ de la siguiente manera:*

*“Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.*

*En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…”[[7]](#footnote-7) ( subrayas ex – texto )*

*6.7. Inicialmente hay que manifestar que buena parte de la argumentación de la recurrente se centró en un hechos diversos al nexo de causalidad que debía existir entre el presunto estado de marginalidad de su representada y la comisión de la conducta que aceptó, ya que su alegación en lo en lo esencial pretende controvertir el hecho de que la acusada portara 2.9 gramos de cocaína, los cuales según los dictámenes técnicos, era una sustancia diferente al “bazuco” y la marihuana que consumía habitualmente la acusada, por lo cual resultaba válida la inferencia que hizo el juez de primer grado en el sentido de que el porte de ese material sicoactivo, conocido como “perico”, que es de mayor valor por tratarse de clorhidrato de cocaína, podría ser indicativo de que el estupefaciente no estaba destinado al consumo de la incriminada, razonamiento que al final no tuvo ningún efecto ya que la sentencia se profirió bajo la inflexión verbal “llevar consigo” estupefacientes en cantidad que excedió la dosis personal, que fue precisamente la conducta a la cual se allanó la incriminada.*

*6.8 Hecha esta precisión debe decirse que quien invoca la aplicación de las circunstancias de atenuación punitiva reguladas en el artículo 56 C.P., tiene la carga probatoria de demostrar que el encausado se encontraba en extremas condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas y que las mismas incidieron en la comisión del delito.*

*Por tanto ese deber le correspondía a la Defensora de la procesada, quien elevó la solicitud del reconocimiento de marginalidad de la señora Agudelo en la audiencia de individualización de pena y sentencia[[8]](#footnote-8), para procurar ese beneficio en favor de su representada y para el efecto suministró la evidencia que consideró suficiente para sustentar su pedimento.*

*(…)*

*6.10 Se concluye entonces que con la prueba aportada por la defensa no se logró demostrar que para el 19 de septiembre de 2013, la señora Agudelo Villa se encontraba dentro de las circunstancias previstas en el artículo 56 del CP, al momento de cometer la conducta punible, por lo cual no existe evidencia que demuestre un nexo de conexidad entre su conducta y la presunta condición de marginalidad que alega su representante, que incluso aparece desvirtuada por las mismas pruebas que se aportaron para sustentar su petición.”*

6.3.6 En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala confirmará en su integridad la decisión de primera instancia.

En razón a lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juez Segundo Penal Municipal de Pereira, el 03 de febrero de 2017 mediante la cual se condenó a Jonathan Restrepo Torres, a 31 meses y 15 días de prisión por el delito de hurto calificado en modalidad de tentativa, en lo que fue objeto de impugnación.

**SEGUNDO**: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. FL. 1-3 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 25-29 [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folios 16 y 17 [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls 61-63 [↑](#footnote-ref-4)
5. ***Artículo******56.****El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl 40 [↑](#footnote-ref-6)
7. Sala de Casación Penal MP José Leónidas Bustos Martínez Radicación n° 39419 [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl 40 [↑](#footnote-ref-8)