

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
Magistrado Ponente: JULIÁN RIVERA LOAIZA¹**

Pereira, Risaralda, octubre tres (3) de dos mil veintitrés (2023).

Acta No. 1086

Hora: 7:40 AM

Radicación	66001 60 00 035 2019 00552 01
Acusado	Jorge Andrés Ospina Aguirre
Delitos	Hurto calificado con circunstancia de agravación
Juzgado de conocimiento	Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Pereira.
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia N° 110 del 14 de mayo de 2019.

1- ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía representada por el Dr. Héctor Bedoya Franco, contra la Sentencia N° 110 del catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019), emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, por medio de la cual se condenó al señor JORGE ANDRES SPINA AGUIRRE, por el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO.

2- ACLARACIÓN INICIAL

Es necesario indicar que quien actúa como Magistrado ponente de esta decisión fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad, en el Despacho 003 de la Sala, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, recibiendo a esa

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) suscribiendo el Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

fecha, un aproximado de cuatrocientos (400) procesos penales en conocimiento y ciento veinte (120) cuadernos de tutela de segunda instancia vencidos, dentro de los que se encontraba el presente asunto.

La razón por la que se adopta esta decisión obedece a la gran cantidad de procesos de Ley 906 de 2004 (con persona privada de la libertad), próximos a prescribir que debían fallarse de manera inmediata, solicitudes de libertad, como también asuntos Constitucionales que demandaron en su momento, mayor prioridad, de acuerdo al gran cumulo de asuntos que se encontraban en el Despacho al posesionarse el suscrito.

Al momento de recibir el Despacho 003 fue necesario organizar el inventario de asuntos, pues el que había no obedecía a criterios que permitieran conocer la realidad del estado de la oficina, a lo que se suma que al atraso de varios años se sumaba que la mayoría de expedientes en materia penal no contaban con los registros orales de las audiencias respectivas, por lo que el Despacho tuvo que comenzar a requerir el envío de tales registros, lo que ha sido difícil y dispendioso, ya que muchos de esos registros corresponden a audiencias realizadas años atrás. A esto debe agregarse que muchos casos con personas privadas de la libertad estaban cerca de la prescripción de la acción penal, por lo que hubo que enfocar todos los esfuerzos en la atención de tales asuntos, en particular casos en los que las víctimas son menores de edad y los delitos imputados correspondían al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Y, como muchos asuntos penales que ingresaron desde el inicio de la pandemia correspondían a expedientes electrónicos, la organización del inventario conllevó la necesaria organización de estos asuntos y su revisión para saber su estado y si los mismos contaban con toda la información requerida para entrar a resolverlos con la decisión pertinente.

También hay que agregar que al anterior trabajo se sumó la actividad orientada a escanear los expedientes físicos para digitalizarlos y contar con los mismos en versión electrónica, lo que conllevó un trabajo de varios meses que tuvo que asumir el Despacho 003.

Lo anotado hizo que se prolongaran los tiempos para tomar las decisiones pertinentes en la mayoría de los asuntos, dado su mayor o menor complejidad, el volumen de la prueba, los intereses jurídicos involucrados y la naturaleza de los asuntos.

Debido a ello, y atendiendo a la congestión judicial que presenta el Despacho 003, se procede, en la fecha, a emitir una decisión sobre el asunto, en los siguientes términos.

3. HECHOS

Tuvieron ocurrencia el día 20 de febrero del año en curso, en horas de la noche, en la Avenida 30 de Agosto Nro. 33-53, donde está ubicado Zaga Motos del Pacífico, lugar en el que el señor Jorge Andrés Ospina Aguirre quebró un vidrio con el fin de irrumpir dicho establecimiento de comercio, sustrayendo dinero y algunos objetos valuados en la suma de \$2.036.775. El actuar del señor Ospina Aguirre encendió las alarmas de seguridad, quedando registrado en los videos de vigilancia, y generándose su captura en situación de flagrancia.

4-. IDENTIDAD DEL ACUSADO.

JORGE ANDRÉS OSPINA AGUIRRE, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.088.280.800 de Pereira, nacido en la misma ciudad el 19 de julio de 1988, hijo de María Consuelo y Pedro Nel, de ocupación reciclador.

5-. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 21 de febrero de 2019 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira, se legalizó la captura del procesado, acto seguido la fiscalía le comunicó cargos al señor **JORGE ANDRÉS OSPINA AGUIRRE** por el delito de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO** previsto los artículos 239 y 249 numeral 1° y 241 numeral 11 CP., cargos que fueron aceptados por el procesado. Se ordenó la libertad del imputado.

El 2 de mayo de 2019, ante el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, se realizó la audiencia de individualización de pena. Posteriormente, el 14 de mayo de la misma anualidad, se profirió el fallo condenatorio en contra del señor **JORGE ANDRÉS OSPINA AGUIRRE**. Inconforme con la decisión, la fiscalía interpuso y sustentó el recurso de apelación.

6. LA SENTENCIA APELADA

El **Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda**, mediante sentencia N° 110 del 14 de mayo de 2019, declaró penalmente responsable del delito de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, al señor **JORGE ANDRÉS OSPINA AGUIRRE**, imponiéndole la pena principal de **NUEVE (9) MESES Y VEINTISIETE (27) DIAS DE**

PRISIÓN; y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones publica por el mismo lapso de la pena de prisión. Reconociendo las circunstancias de marginalidad.

En la misma decisión se negó por improcedente el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de pena y la prisión domiciliaria.

7. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El delegado de la Fiscalía no comparte los argumentos expuestos por el A quo en lo referente al reconocimiento de las circunstancias de marginalidad a favor del procesado, ya que estima que en asunto no se satisfacen los requisitos del artículo 56 del CP, pues no existen pruebas referidas a la que situación de calle del procesado infirió en la ejecución de la conducta punible.

Considera que no se puede señalar que el procesado es una persona marginal y tampoco obra constancia en el sentido de que este se hubiera alejado de manera permanente de su familia o que no conviviera con algún pariente, ni que las circunstancias de marginalidad lo hubieran llevado a ejecutar el punible investigado.

Sostiene que la norma exige que, para acceder a la rebaja en comento, deben concurrir “profundas situaciones de marginalidad” las cuales deben incidir de manera directa en la ejecución del hecho delictivo, lo cual no se encuentra acreditado en el este asunto.

Si el juez de conocimiento no excluyó de responsabilidad al procesado de conformidad con lo contemplado en el artículo 32 del CP, era porque existían los elementos para expedir un fallo de condena.

Solicita a la segunda instancia se revoque la sentencia de primer grado únicamente en lo que se refiere a la aplicación del artículo 56 del CP, y en consecuencia se realice una nueva tasación punitiva.

La defensa como no recurrente indica que su prohijado habitaba debajo de unos puentes y que había aceptado la conducta la cual había cometido ya que no contaba con los medios para comer.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la apelación propuesta, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

8.2. Principio de limitación

En su labor, la Sala se limitará a estudiar los aspectos objetivos planteados por el recurrente en su alzada y aquellos que se encuentren estrictamente relacionados con tales postulados, sin desconocer lo preceptuado en el artículo 31 de la carta fundamental y el artículo 20 de la Ley 906 de 2004.

8.3. Problema jurídico a resolver

De acuerdo con la inconformidad del recurrente, la Sala deberá analizar si en este evento concurren las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, conforme lo descrito en el Art. 56 del Código Penal, debiendo confirmarse la decisión de primer grado, o si por el contrario como lo deprecia la fiscalía recurrente no hay lugar a su reconocimiento, debiendo modificar el quantum punitivo.

8.4 Las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas

Las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, como diminuyente punitiva, están señaladas en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000, así:

“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.”

Del contenido de esta preceptiva debe advertirse que, contiene como circunstancias de menor punibilidad tres situaciones diferentes: i) marginalidad extrema, comprendida como un fenómeno sociológico que depende de ciertos factores de marginación por la pertenencia de una persona a un determinado grupo social -excluido o discriminado; ii) ignorancia, es decir,

ausencia de conocimiento respecto a un ámbito específico, que le impida al inculpado entender el juicio de reproche que genera su conducta, o iii) pobreza extrema, circunstancia determinada por el hecho que el sujeto activo de la conducta carezca de recursos mínimos, de tal suerte que no esté en la posibilidad de satisfacer las necesidades esenciales para su congrua y digna subsistencia.

Por lo anterior, quien pretenda el reconocimiento de la diminuyente punitiva deberá especificar en cual o cuales circunstancias se encuentra el procesado, demostrar la misma y en el entendido que se trata de un fenómeno que debe presentarse al momento de la consumación del punible, por lo que afecta los extremos punitivos, le corresponde establecer probatoriamente en el juicio oral, que el procesado cometió el delito bajo la influencia directa de una de estas circunstancias.

Sobre éste tópico, ha manifestado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

*“Entonces, en la medida que la marginación, la ignorancia o la pobreza conlleven unas diversas valoraciones sociales de los individuos inmersos en tales circunstancias diferentes de las mayoritarias de la sociedad, no hay duda que corresponde al Estado, dentro del imperativo de respeto por la dignidad humana y en especial por su diferencia, además de materializar el principio de igualdad, reconocer que si tales situaciones, en cuanto sean “profundas” y “extremas” **tienen injerencia decidida en la comisión de un delito**, es preciso aminorar el juicio de reproche que individualiza el juez en sede de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues dichas circunstancias restringen el ámbito de libertad del autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, en orden a motivarse conforme a la disposición legal y, a partir de ello, también deberá ser disminuida la sanción imponible.*

En efecto, si en la culpabilidad se pondera la motivación de la norma respecto del comportamiento de la persona², es claro que el artículo 56 del Código Penal viene a recoger unas situaciones en las cuales se advierte que por la influencia de un mayor determinismo y consecuente con él, un menor libre albedrío, el juicio de reproche correspondiente a la culpabilidad pierde intensidad, sin llegar a ser inexistente como para enervar tal categoría pero sí, en desarrollo del principio de proporcionalidad en la relación culpabilidad-pena, se impone aminorar la sanción, esto es, reducir los extremos punitivos conforme al quantum definido por el legislador, “no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del

² Cfr. CSJ AP, 20 nov. 2013. Rad. 42537.

mínimo de la pena señalada en la respectiva disposición” y, dentro de ellos, realizar el correspondiente proceso de dosificación de la pena.

En suma, pueden sintetizarse los requisitos para la aplicación del artículo 56 del Código Penal, así:

- (i) La realización de una conducta punible.*
- (ii) Que, al momento de su comisión, el autor se encuentre en circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, siempre que sean “profundas” y “extremas”.*
- (iii) Que tales situaciones tengan relación e incidencia directa en la ejecución de la conducta.*
- (iv) Aunque profundas y extremas, es necesario que no sean capaces de configurar una causal de exclusión de la responsabilidad, como podría ocurrir con la ignorancia que da cabida a un error de prohibición directo, o la pobreza capaz de configurar un estado de necesidad disculpante.”³*

Ahora, entratándose de aquellos eventos de terminación anticipada del proceso penal en aplicación de las figuras del allanamiento cargos o preacuerdos, debe considerarse que al ser circunstancias que deben darse al momento o concomitante con la ejecución del punible, deben formar parte del entramado fáctico, además por cuanto tiene incidencia en los extremos punitivos, como ocurre con otros institutos como la complicidad, la tentativa y el estado de ira o de intenso dolor, de manera que para ser ponderadas en la dosificación punitiva deben ser incluidas en la imputación o en los preacuerdos, y no simplemente ser alegadas tardíamente en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2000⁴.

8.5 Caso Concreto

De la revisión de la actuación encuentra la Sala que en el traslado establecido en el artículo 447 del C.P.P., el delegado del ente acusador después de individualizar e identificar debidamente al señor JORGE ANDRES OSPINA AGUIRRE, indicó entre otras cosas que, como el valor de lo hurtado supera el salario mínimo legal mensual vigente no es viable

³ SP5356-2019.

⁴ Cfr. CSJ AP, 6 dic. 2017. Rad. 50202, CSJ AP, 27 sep. 2017. Rad. 49219 y CSJ AP, 24 feb. 2016. Rad. 47366, SP5356-2019, ap4296-202, entre otras.

reconocer el descuento punitivo previsto en el artículo 268 CP, tampoco existe constancia de indemnización integral de perjuicios; el procesado no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal; no se cumplen los requisitos para conceder la diminuyente consignada en el artículo 56 C.P., pese a que manifestó ser habitante de calle y que tiene derecho a la rebaja de pena por aceptación de cargos.

El defensor por su parte solicitó que se reconociera la condición de marginalidad del procesado teniendo en cuenta que el mismo es habitante de la calle, y que manifestó que lo hizo para comer, sin aportar ninguna EMP, que soporte su afirmación.

Es importante agregar que, de la revisión de la audiencia preliminar de formulación de imputación, no se encontró que dentro de la imputación fáctica realizada por la representante de la fiscalía se hubiere hecho relación alguna a que la situación de habitante de calle del procesado JORGE ANDRES OSPINA AGUIRRE, hubiere sido determinante para la ejecución del punible.

El funcionario de primera instancia en la sentencia objeto de impugnación indica que de los EMP se puede inferir que el señor Jorge Andrés Ospina Aguirre delinquiró pero no con el ánimo de superar su condición de marginalidad o de pobreza extrema, sino que ejecutó el acto ilícito para continuar con su manera de vivir, sin que se hubiera arrojado alguna prueba que indique que ha querido superar su situación.

No obstante, esta apreciación, teniendo en cuenta que se encuentra demostrado que el señor Jorge Andrés Ospina Aguirre es una habitante de la calle, decidió reconocer el descuento punitivo del artículo 56 CP, con base en lo expuesto por esta Colegiatura mediante sentencia del 1° de septiembre de 2015 dentro del proceso radicado con el Nro. 66001 60 00 035 2014 0228-01, en la que afirma, se estableció que la condición de habitante de la calle si conlleva la circunstancia de marginalidad. Decisión contra la que el representante de la fiscalía interpone el recurso de apelación al considerar en síntesis que la condición de habitante de calle no implica de suyo que estaba bajo situaciones de marginalidad, menos que esta situación haya sido determinante para la ejecución del punible.

De la revisión de la actuación, la Sala estima que le asiste la razón al fiscal recurrente, toda vez que la decisión del funcionario de conocimiento desconoce el precedente jurisprudencial sobre la configuración de estas circunstancias, ya que no aunque se acepte que para la fecha de los hechos el señor JORGE ANDRES OSPINA AGUIRRE, era habitante de la calle, la defensa no realizó esfuerzo probatorio alguno para determinar que esta condición tuvo

incidencia directa en la ejecución de la conducta, no siendo dable en consecuencia reconocer en el procesado la configuración de esta circunstancia diminuyente de la punibilidad, ya que como indicamos anteriormente no basta con que el procesado se encuentre inmerso en situaciones que puedan ser consideradas como de marginalidad o pobreza en las que sin duda se encuentran las personas que por diversas circunstancias son habitantes de calle, sino que es menester que esta especial condición de vulnerabilidad haya sido determinante para la comisión de la conducta punible que se investiga, situación que debe ser demostrada, y en este evento no existe el mas mínimo esfuerzo probatorio en ese sentido.

Pero además, como indicamos anteriormente la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre ha sido pacífica y reiterada en manifestar que se trata de situaciones que deben demostrarse en el juicio oral, si se opta por llegar hasta este estadio o en el evento de acogerse a la figura del allanamiento a cargos o preacuerdos, la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza y su incidencia directa en la comisión de la conducta debe haber sido debidamente relacionada en la situación fáctica relacionada desde la formulación de imputación, en el entendido que se trata de situación concomitantes a la ejecución del punible que tiene incidencia en los extremos punitivos, situación que no se presentó en la audiencia preliminar, ya que la fiscalía en ningún momento durante este acto procesal hizo relación a la configuración de alguna de las circunstancias previstas en el mencionado artículo 56 del C.P. y mucho menos que esta o estas fueron determinantes para que el aquí procesado ingresara de manera violenta al establecimiento de comercio Zaga Motos del Pacífico y se apropiare de varios elementos y dinero en efectivo en cuantía que ascendió a más de dos millones de pesos, no siendo procedente contrario a lo esbozado por la primera instancia acceder al reconocimiento de alguna o algunas de las circunstancias descritas en la mencionada normatividad, debiendo revocarse en consecuencia la sentencia de primer grado respecto a este punto realizándose la correspondiente modificación punitiva.

Siguiendo los derroteros de la sentencia de primera instancia, se partirá de la pena de 08 meses de prisión por el delito de HURTO CALIFICADO CON CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN, según la dosificación que llevó a cabo el fallador de primer nivel previo al reconocimiento de la diminuyente de marginalidad de que trata el canon 56 CP., manteniéndose la rebaja por allanamiento a cargos en un monto equivalente al 45% de la pena a imponer, -tópico que no fue objeto de apelación- tal y como lo reconoció el A- quo, para imponer al señor JORGE ANDRES OSPINA AGUIRRE, pena definitiva de CINCUENTA Y NUEVE (59) MESES Y DOCE (12) DÍAS DE PRISIÓN.

En estas condiciones, la decisión de primer grado debe ser confirmada.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la Sentencia N° 110 del catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019), emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, por medio de la cual se condenó al señor **JORGE ANDRES OSPINA AGUIRRE**, por el delito de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, pero modificando la pena impuesta, la que queda en **CINCUENTA Y NUEVE (59) MESES Y DOCE (12) DÍAS DE PRISIÓN**, de conformidad con lo analizado en **precedencia**.

SEGUNDO: Los demás apartes de la decisión recurrida permanecen incólumes.

TERCERO: COMUNICAR esta providencia a las partes y demás intervinientes por el medio más expedito. Dichas comunicaciones se harán en la medida de lo posible, mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8° de la Ley 2213 de 2022.

CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

(Firma electrónica)
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

(Firma electrónica)
CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA
Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ
SSecretario

Firmado Por:

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Alberto Paz Zufiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **077d210f7217ba62fdbc17d110521e24ded9ffaa6ce9326af52e2e2cfb2b1385**

Documento generado en 03/10/2023 01:48:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>