



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

## SALA PENAL

Radicado	05-001-60-00-206-2017-38741
Procesado	Jhon Jairo Cardona Hernández Cristian Johan Muñoz Marín Jorge Luis Gamero Gómez
Delitos	Receptación
Asunto	Apelación sentencia condenatoria
M. Ponente	Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 52

Medellín, Veinticuatro (24) de abril dos mil dieciocho (2018)

### 1. VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los señores *Jhon Jairo Cardona Hernández, Cristian Johan Muñoz Marín y Jorge Luis Gamero Gómez* en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, el 6 de marzo de 2018, que los condenó en calidad de cómplices por el delito de receptación.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. EL HECHO

Los resumió el juez en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

*“(...) El 26 de julio de 2017, fueron capturados por miembros de la*

Radicado	05-001-60-00-206-2017-38741
Procesado	Jhon Jairo Cardona Hernández Cristian Johan Muñoz Marín Jorge Luis Gamero Gómez
Delitos	Receptación

*Policía Nacional –Grupo contra atracos–, los señores CRISTIAN JOHAN MUÑOZ MARIN, JHON JAIRO CARDONA HERNANDEZ y JORGE LUIS GAMERO GÓMEZ, mediante registro voluntario en el inmueble distinguido con el numero calle 100 B N° 76-30 de esta ciudad de Medellín, cuando poseían y comercializaban varios elementos para acuarios, mismos que habían sido hurtados el 12 de julio de 2017 en el local de propiedad de Juan Esteban Duran Benítez, ubicado en la carrera 82 Nª 42 D-05, mediante violación de cerraduras.*

## 2.2. ACEPTACIÓN DE CARGOS Y AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA

En audiencia celebrada el 30 de noviembre de 2017, cuando se pretendía celebrar la audiencia preparatoria, la Fiscalía solicitó variar la naturaleza de la audiencia por cuanto entre las partes se celebró un acuerdo en virtud del cual los señores *CRISTIAN JOHAN MUÑOZ MARIN, JHON JAIRO CARDONA HERNANDEZ y JORGE LUIS GAMERO GÓMEZ* aceptaban la responsabilidad por el punible de receptación, prevista en el artículo 447 inciso 1 del Código Penal, a cambio de que se degradara su participación de autor a cómplice, conforme al artículo 30 ibídem, acordando que la pena que les correspondería sería de 25 meses de prisión y multa de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año 2017. Se precisó que la concesión de los subrogados no sería objeto de acuerdo, asunto que quedaría a discreción del juez.

Enunció la Fiscalía los medios de convicción con los que contaba y el juez en la audiencia del 13 de febrero de 2018, previa verificación del consentimiento de los acusados, impartió aprobación al acuerdo, dado que lo encontró ajustado a la constitución y la ley, sin que se presentara oposición alguna por los demás sujetos procesales.

En la misma fecha se celebró la audiencia de individualización de la pena prevista en el artículo 447 del código procesal penal, en la cual

la Fiscalía<sup>1</sup> aseveró que los procesados no contaban con antecedentes penales y que dejaba a criterio del despacho judicial la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria.

Por su parte, la defensa alegó en favor de sus representados para que se les concediera la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria<sup>2</sup>. Para el efecto, realizó un análisis de los artículos 63 y 68 A del Código Penal, aseverando que si bien este último artículo en el inciso segundo contiene una prohibición expresa para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena para el delito de receptación, es necesario considerar que el párrafo de la misma disposición abre la posibilidad de que sea otorgada cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe necesidad de ejecutarse. En su criterio, en la práctica se ha venido tomando la prohibición como un bloque sólido, sin considerar las excepciones contenidas en los párrafos que imponen reflexionar sobre la necesidad de la pena, el riesgo que el condenado representa para la sociedad (sentencia C1198/2008) y la proclividad al delito (sentencia C121/2012).

Con los documentos que aporta de cada uno de sus representados, estima que no son personas proclives al delito, ni generan un peligro para la sociedad y durante el curso de la actuación procesal han participado y mostrado su interés en asistir a las audiencias, cada vez que son requeridos (sentencia C 425/08).

Conforme con lo expuesto y con apoyo en la decisión proferida en un caso, que estima similar, en el proceso radicado 2017-194806 por el juzgado 28 Penal del Circuito de esta ciudad y una decisión del tribunal Superior de Bogotá, solicita al juez la concesión de la suspensión

---

<sup>1</sup> Escuchar audiencia del 13 de febrero de 2018 min 00:21:37

<sup>2</sup> Escuchar audiencia del 13 de febrero de 2018 min 00:23:04

condicional de la ejecución de la pena, de considerar que el subrogado cumple con los fines de la justicia, como quiera que se pretende la medida menos nociva para la libertad en aplicación del principio de convencionalidad (Pacto de San José).

En su defecto, pretende se sustituya la reclusión intramural por la domiciliaria, para lo cual solicita sean verificadas las sentencias SP 1207 de 2017 y 34384 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia, donde se analizó la procedencia de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 314 del Código Procesal Penal. Allega diferentes documentos con los que pretende demostrar las condiciones sociales de los procesados, ensayando un test de proporcionalidad y razonabilidad.

### 2.3 LA DECISIÓN IMPUGNADA

El juez de Conocimiento, ante el acuerdo celebrado y sus soportes probatorios, condenó a *Jhon Jairo Cardona Hernández*, *Cristian Johan Muñoz Marín* y *Jorge Luis Gamero Gómez* a la pena de 25 meses de prisión y multa de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el delito de receptación en calidad de cómplices.

Sobre el aspecto debatido, el juez negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria, una vez analizados los argumentos expuestos por la defensa del penado y los elementos materiales probatorios allegados, con base en los siguientes argumentos:

De manera inicial, advierte que si bien se encuentra superado el presupuesto objetivo de la pena para la suspensión de la ejecución de la pena, esto es, que la sanción impuesta no excede de cuatro años de prisión y ninguno de los procesados cuenta con antecedentes penales, existe expresa prohibición legal en el artículo 68 A del Código Penal,

para conceder los mecanismos sustitutivos de la pena en el delito por el cual resultaron condenados *Jhon Jairo Cardona Hernández, Cristian Johan Muñoz Marín y Jorge Luis Gamero Gómez*, esto es, el de receptación.

Advierte que desde la sentencia C-762 de 2002 la Corte Constitucional definió que la exclusión de beneficios y subrogados penales hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador; igual conclusión se extrae de la sentencia C-425 de 2008 pues responde a determinaciones inspiradas en la política criminal del Estado. Es así como considera que la exclusión de subrogados para ciertos delitos objetivamente considerados se fundamenta en un mayor nivel de reproche social, que demanda la ejecución efectiva de la sanción para ciertas conductas punibles, como ocurre con la receptación, en el que se busca evitar que los bienes con origen en un delito sigan siendo usados en el tráfico jurídico con apariencia de legalidad, pues con ello se afecta gravemente el bien jurídico protegido.

Así, no discute el juez la ausencia de antecedentes penales, ni el buen desempeño social, personal y familiar de los acusados; sin embargo, entiende que el criterio objetivo de exclusión utilizado por el legislador impide excepcionar o realizar una interpretación restrictiva con base en principios constitucionales, como lo propone la defensa, por cuanto la medida surge como razonable en el marco de la libertad de configuración del legislador.

Advierte el juez que lo propuesto es que deje de lado lo dispuesto en la ley, pues no se trata simplemente de hacer una interpretación exegética, sistemática o finalística.

A renglón seguido, precisa cuáles son los presupuestos requeridos para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y remarca que el artículo 68 A del Código Penal excluye para la

receptación tanto la suspensión mencionada como la prisión domiciliaria.

Precisa que la tesis de la defensa no es de recibo, pues considera que el numeral 3º del artículo 63 del Código Penal no habilita el análisis subjetivo porque la prohibición es de carácter objetivo y está regulado en el inciso 2 del artículo 68 A, del mismo código, ya que solo faculta a escrutar dichos aspectos en los eventos de la existencia de antecedentes penales por delito doloso.

Agrega el juez de instancia que la sentencia citada por la defensa y que fue proferida por uno de sus homólogos, no lo obliga, en tanto no constituye precedente, como quiera que es producto de la autonomía e independencia judicial, así como tampoco lo vincula decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, ya que versa sobre un delito cometido antes de la vigencia de la ley 1709 de 2014.

Finalmente, enseña que no es posible la aplicación del principio de convencionalidad al que se refiere la defensa, como quiera que ninguna contrariedad advierte entre lo dispuesto por el artículo 63 del Código penal y la Convención de San José.

### 2.3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Disiente la defensa de la decisión del juez de instancia de negar a sus prohijados la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria.

En su criterio, el artículo 68 A del Código Penal contiene requisitos objetivos y subjetivos, y se trata de una norma que prohíbe, pero en alusión al inciso segundo advierte que *“también visiona que los delitos que están ahí inmersos son de trato subjetivo a la hora de aplicar dicha prohibición con (sic) el caso concreto”*. Entiende que el juez no podía

asumir una decisión negativa enmarcándose de manera exclusiva en el artículo 63 del estatuto punitivo pues debió partir del parágrafo dos del artículo 68 A mencionado, el cual a la postre transcribe.

Puntualiza que el delito por el que se procede parte de 4 años y que la pena impuesta fue de 25 meses a 3 ciudadanos que tienen arraigo social y familiar, carecen de la cosmovisión delictiva, son personas de bien y se han caracterizado por el buen proceder pese al error cometido.

A juicio del apelante, el aspecto subjetivo del citado artículo 68 A, recae sobre el principio de la necesidad; de modo que si bien puede partirse de la existencia de la prohibición es necesario revisar si la pena debe ser cumplida en establecimiento carcelario o no. Critica al juez por partir del artículo 63 y entender que en virtud del parágrafo 2 se presenta una prohibición legal que no se puede obviar, pero lo que la defensa procura es una *“interpretación hermenéutica (sic) de la norma en una estructura adecuada como ya lo ha hecho en diferentes ocasiones y se la ha sido concedida”*

En criterio del defensor, de cara al principio de necesidad, resulta excesivo el cumplimiento de la pena en centro penitenciario para estos tres ciudadanos que no son proclives a el delito, no generan un riesgo real ni potencial, han estado prestos a comparecer a las audiencias, aparece demostrado el arraigo social y familiar; por lo cual solicita a los magistrados evaluar su pretensión de obtener subrogados desde la norma prohibitiva, como *“también su concepción sopesada bajo el margen subjetivo”*, que para el juez no hay lugar a tal evaluación.

De este modo y al considerar que cuando una norma admite múltiples interpretaciones se debe acoger la más beneficiosa para los acusados, solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia,

pues le resulta inconcebible desde el punto de vista de la justicia que en delitos más gravosos como el homicidio se logren subrogados por no estar enlistado en el artículo 68 A y no ocurra en el delito de receptación, en los que parece se vulneran más derechos de los que se protegen.

### 3. CONSIDERACIONES

Por causa de que la segunda instancia se rige por los principios de la justicia rogada, en tanto lo alegado por el recurrente delimita el objeto de la impugnación y otorga competencia para resolver el asunto puesto a consideración, es deber de la Sala verificar si el recurso de apelación presentado por la defensa fue adecuadamente sustentado. Exigencia establecida en el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sistemática procesal.

En efecto, según la norma citada, presupuesto inexcusable para conceder el recurso de alzada es su sustentación debida, lo cual impone una carga correlativa al apelante de presentar reparos que tengan la capacidad de remover la decisión impugnada, tal como lo ha considerado nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en providencia expedida en el proceso radicado con el número 37.258 con ponencia del Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, que ha explicado lo siguiente:

*“Conforme se desprende de la norma transcrita, no se somete a duda alguna, la necesidad de sustentar la impugnación, pero la misma norma es clara en señalar que no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo*

*ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende.*

*Sobre ese ejercicio dialéctico que comporta la impugnación, y que implica una sustentación adecuada, ha destacado la Corte:*

*“De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disentimiento, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados<sup>3</sup>”*

Desde el punto de vista sistemático, el acierto de la decisión se escruta confrontado los fundamentos de la sentencia siguiendo el razonamiento del apelante, en tanto no cabe la revisión oficiosa, de modo que si este es insuficiente para demoler los cimientos de la decisión impugnada es inútil la revisión de la segunda instancia pues de todas maneras la providencia se tornaría en inmodificable. Igual suerte ocurre con las impugnaciones que aunque temáticamente se ocupan de todos los soportes que debían cuestionar, los reparos se limitan a simple y escuetas aseveraciones genéricas que no desarrollan una argumentación para que, siguiéndola, se remueva la fuerza de lo decidido.

---

<sup>3</sup> Rad 23667 sentencia 11 de abril de 2007.

De modo que para que una sustentación sea adecuada, que no necesariamente acertada, el impugnante ha de partir de una ajustada comprensión de los motivos que tuvo el funcionario judicial para resolver en el sentido en el que lo hizo y ofrecer argumentos que generen la posibilidad de remover el soporte de lo decidido.

También debe considerarse que la sustentación de la apelación es deficiente cuando se presenta la tesis o conclusión del argumento, pero no se desarrollan las premisas que resultan ser meras aseveraciones genéricas que impiden seguir el razonamiento del apelante para extraer la conclusión que enarbola, pues para hacerlo debería el juez de segunda instancia razonar por sí mismo de manera oficiosa, en desmedro de la contradicción que le compete ejercer a la contraparte.

Sentado el marco general de la resolución del asunto, se observa el caso concreto y se encuentra que el único punto de cuestionamiento a la sentencia condenatoria de primera instancia radica en que el juez acató la prohibición de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por cuanto el delito por el que se procede está enlistado en el inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal, prohibición que se estima de índole objetiva y excluida de lo dispuesto en el párrafo 2 de la misma norma que habilita a excepcionar la prohibición de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativas de que no existe necesidad de ejecutar la sanción, pero solamente en el evento del inciso primero, esto es, ante la presencia de antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores.

Pues bien, la defensa impugna pero no logra edificar un argumento razonable que amerite ser examinado para remover la fuerza de la prohibición expresa señalada. De hecho, a la Sala le quedó difícil reconstruir la alegación de la defensa al respecto, de modo que debió

echar mano, más de una vez, de citas textuales para reseñar los términos de la apelación.

Observados los reparos que se logran extraer se encuentra que no se plantea la inconstitucionalidad o inaplicación de la norma en que se sustenta el juez para excluir la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, sino que se propone una interpretación diferente, con base en que no sería necesaria la reclusión intracarcelaria.

Pero nótese que el recurrente perdió de vista que el juez no concluye que sea necesaria la reclusión sino que el legislador lo definió de ese modo, como un aspecto de política criminal que califica de razonable por las repercusiones del reproche social que merecen esas conductas, a la vez que soportó en la literalidad y sentido de la norma que la valoración de aspectos subjetivos solo está autorizada para el evento del primer inciso y no del segundo, esto es, para cuando la prohibición de los subrogados se da en virtud de la presencia de antecedentes penales y no del listado de los delitos excluidos.

Entonces, además de que el recurrente no explica ni mucho menos argumenta cómo puede el juez desatender el mandato expreso del legislador, no cuestiona su razonabilidad ni su libertad de configuración precisa en el evento; solo da por sentado precisamente lo que debe demostrarse, es decir, que en todos los casos puede hacerse la valoración subjetiva de la procedencia del subrogado, configurando una clara petición de principio.

Tampoco argumenta, en lo que concierne a la invocación del principio de necesidad de la ejecución de la pena o la justicia, cómo puede el intérprete desentenderse del claro y expreso mandato legal de la no procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, ni precisa mandatos constitucionales o convencionales que

se vulneren o principios generales del derecho que obligan a su inaplicación.

La mera afirmación de la desarmonía que se crea porque eventualmente en ciertos casos de homicidios, (en los que debe mediar atenuaciones) procedan subrogados frente al tratamiento más severo en delitos que, a su juicio, son menos lesivos que el atentatorio de la vida, no permite que el juez sin más pretenda armonizar los raseros legales sin desconocer el imperio de la ley, con mayor razón cuando no se ofrece argumento o siquiera explicación de cómo porque el legislador dejó de prever que ciertas conductas más graves al atenuarse pudieran ser objeto de subrogados, implique que todas las restantes también pueden ser objeto del mismo trato.

En suma, examinados los argumentos que se logran reconstruir no encuentra la Sala la sustentación debida, de modo que se impone declarar desierto el recurso de apelación.

Sobre esto último, cabe advertir que si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se dirige a que en vez de declarar desierto el recurso de apelación se deniegue para posibilitar el recurso de queja, en aras de darle importancia al principio de la doble instancia, debe tenerse presente que esta interpretación es válida solo para la primera instancia, como se colige del asunto que la inspiró, en el que nuestro máximo organismo de la jurisdicción ordinaria actuaba como juez de segunda instancia y porque la regulación del recurso de queja, tanto en su literalidad como en su sistemática, debe ser resuelto por el superior funcional del juez de primera instancia, sin que quepa en nuestra tradición jurídica una tercera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

*Radicado  
Procesado*

*05-001-60-00-206-2017-38741  
Jhon Jairo Cardona Hernández  
Cristian Johan Muñoz Marín  
Jorge Luis Gamero Gómez  
Receptación*

*Delitos*

## RESUELVE

Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6 Penal del Circuito Especializado de Medellín, que condenó a *Jhon Jairo Cardona Hernández, Cristian Johan Muñoz Marín y Jorge Luis Gamero Gómez* como cómplices penalmente responsables de delito de receptación.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrado al momento de su lectura, procede el recurso de reposición.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO  
MAGISTRADA